

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Precisión jurisprudencial / PRECISION
JURISPRUDENCIAL - Moralidad administrativa / MORALIDAD ADMINISTRATIVA -
Juridicidad / JURIDICIDAD - Moralidad administrativa / MORALIDAD ADMINISTRATIVA -
Alcance / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Subjetividad judicial / MORALIDAD
ADMINISTRATIVA - Límites a la protección del derecho colectivo / MORALIDAD
ADMINISTRATIVA - Elementos objetivos

La Sala considera, con base en la Constitución Política y en las normas legales, que el sistema jurídico colombiano precisa de la consagración en los textos jurídicos de las reglas que se aplican, y de los valores y principios que lo inspiran, para que éstos sean vinculantes, de suerte que no puede haber una fuente jurídica sin reconocimiento o desarrollo constitucional o legal. (No significa lo anterior que esté proponiendo una interpretación restringida del orden jurídico a lo expresamente dispuesto en las normas, dado que existen fuentes jurídicas que se pueden extraer mediante una labor de interpretación del mismo ordenamiento, sin que éste haya prescrito literalmente su contenido, como es el caso de la costumbre, la buena fe, las buenas costumbres, la analogía (iuris y legis), los principios generales del derecho, entre otras, pero siempre dentro del ámbito de lo consagrado por las normas.) La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como “correcto” y “bueno” para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución Política y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración. Para la Sala, es completamente claro que las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social. Es ese contenido moral, cuando se hace referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura y simple de juridicidad. Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es “correcto” y “bueno” de conformidad con el “sentido común ético” y la “razón”, sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional. Con anterioridad se ha dicho que la moralidad integra al derecho, y que la moralidad administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual cuando se trate de una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso la violación de los dos contenidos, es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que representan un desarrollo de conceptos morales, y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico. El juez se encuentra investido en todo momento de un grado importante de subjetividad respecto de sus fallos, pero esa subjetividad debe tener como asidero un objeto sobre el cual pueda desarrollar sus apreciaciones, es decir, unos cimientos firmes para edificar su decisión. La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, para determinar el alcance de ésta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos

extranormativos que no resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos. La Sala afirma que lo “correcto”, lo “bueno” y la “razón”, son determinantes a efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración. Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada. Nota de Relatoría: Sobre LEGALIDAD: sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación AP-2305; sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación AP-2214; sobre DESVIACION DE PODER: sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación AP-518; sobre VALORES Y PRINCIPIOS: sentencia del 2 de junio de 2005, radicación AP-00720; sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación AP-01645; sobre INTERPRETACION Y APLICACION: sentencia del 22 de agosto de 2007, radicación AP-0228

PATRIMONIO PUBLICO - Concepto. Evolución jurisprudencial

El concepto de patrimonio público que ha dado la jurisprudencia asume como punto de partida la relativa claridad conceptual que tiene la noción de patrimonio. En tal dirección, se dijo por el Consejo de Estado en un primer momento, que se trataba de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva. No obstante lo anterior, en un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se amplió este contenido involucrando bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población. En síntesis, este concepto de patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran en cabeza del Estado como su titular (bienes de uso público, bienes fiscales y el conjunto de derechos y obligaciones que contraiga) y aquellas que lo constituyen (es decir todo aquello que se entiende incluido en la definición de Estado como territorio). Nota de Relatoría: Sobre ESTIMACION PECUNIARIA: Ver Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. 1999-9001 (AP-300); sobre caso AUN NO PECUNIARIO NI DOMINIO: Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. AP -00413

PATRIMONIO PUBLICO - Derecho colectivo / DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Finalidad

La consagración del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección, lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva. Cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad.

ACCION POPULAR - Finalidad / ACCION POPULAR - Trámite preferencial / ACCION

POPULAR - Coexistencia de acciones. Procedencia / ACCION POPULAR - Acto administrativo. Suspensión. Coexistencia de acciones / ACCION POPULAR - Contrato estatal suspensión. Coexistencia de acciones / COEXISTENCIA DE ACCIONES - Acción popular. Procedencia

Las acciones populares se han instituido para la protección de los derechos e intereses colectivos y, en tal virtud, han sido provistas, para el estudio y decisión final de los derechos sustanciales, de procedimientos más veloces que los de la vía ordinaria, así como también de trámite preferencial cuando se trata de pretensiones preventivas. Esto último ha provocado que en muchos casos los demandantes formulen acciones populares en lugar de acciones contenciosas administrativas, e incluso que respecto de una misma situación se invoque la protección por las dos vías. En tal escenario, se ha presentado la inquietud acerca de si pueden coexistir respecto de unos mismos hechos una acción popular y una acción ordinaria. La Sala se ha pronunciado al respecto para reconocer que las acciones populares y las acciones de nulidad, así como aquellas y las acciones contractuales, se pueden adelantar simultáneamente, y en tal sentido, han sido tomadas decisiones que han permitido a los jueces populares, como una forma de proteger los derechos colectivos, suspender el efecto de los actos administrativos y de los contratos demandados, hasta cuando se produzca la decisión final en el proceso ordinario correspondiente. De acuerdo con lo anterior, el juez popular no está atado de manos por la simple existencia de un proceso ordinario que esté relacionado con hechos idénticos o similares a los que él está conociendo, y mal hace si se abstiene de pronunciarse sobre el asunto con base en tal argumento. Cosa diferente es la que se presenta si dentro del proceso popular se evidencia que no existe un derecho colectivo involucrado, sino que el actor está pretendiendo utilizar una vía más expedita que la ordinaria para obtener la solución al conflicto subjetivo que ha surgido respecto del contrato estatal correspondiente. En este evento, la Sala considera que la acción popular no se puede convertir en una herramienta para que los intereses particulares reciban protección por un camino que no ha sido creado para esa finalidad, y ante tal escenario deberá ser declarada la improcedencia de la acción. En observancia de lo dicho hasta el momento, la Sala concluye que cuando exista un interés colectivo involucrado con el acto o contrato del Estado, aun cuando haya una acción ordinaria en curso, la acción popular será procedente para analizar el asunto y, si hay lugar, para tomar las medidas judiciales que brinden el amparo respectivo. Nota de Relatoría: Ver sobre ACCION POPULAR Y ACCION DE NULIDAD: ver de 16 de abril de 2007, AP-00008; sobre ACCION POPULAR Y ACCION CONTRACTUAL: Sentencia de 5 de octubre de 2.005, Radicación: AP-01588

ACCION POPULAR - Pruebas / COPIAS - Valor probatorio / COPIAS - Autenticación. Valor probatorio / AUTENTICACION - Competencia. Valor probatorio / PERSONERO MUNICIPAL - Autenticación de documentos. Improcedencia / DOCUMENTO PUBLICO - Valor probatorio

Procederá la Sala a determinar el valor probatorio de los documentos que dan cuenta de la existencia y contenido de los actos y contratos sobre los cuales se fundamenta la presente acción popular. Para tal efecto, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil por disposición expresa del artículo 29 de la ley 472 de 1998, y por remisión del artículo 44 de la misma ley al Código Contencioso Administrativo, el cual, a su vez, en el artículo 168 encarga la regulación del asunto al Código de Procedimiento Civil. Para el análisis correspondiente se debe recordar que quien los aportó al proceso fue el acto popular. Los documentos referidos, de acuerdo con el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, corresponden a la calificación de documentos públicos, debido a que fueron otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. No obstante, habida cuenta de que los documentos no fueron

aportados en original, tendrá que estudiarse su valor probatorio de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 117). La Sala considera que los documentos aportados al proceso para acreditar la existencia y el contenido de los actos administrativos no cumplen con lo ordenado por las normas para su valoración probatoria. Al respecto, se puede advertir que la leyenda que obra sobre las fotocopias respectivas (“Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”), acompañada de una rúbrica, y que hace las veces de autenticación, no identifica en parte alguna al funcionario que hizo la labor correspondiente. A pesar de ello, en una labor de interpretación de las pruebas en conjunto, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, la Sala ha advertido que el actor popular solicitó al Personero Municipal de Ocaña, Yebraíl Haddad Linero expedir “... copia auténtica de todos los archivos (analógicos y magnéticos) ... sobre la relación jurídica suscitada entre el municipio de Ocaña y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña (ESPO S.A.) con ocasión del finiquitado “CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ... La petición tiene el propósito de constituir una prueba con fines judiciales...”. De lo anterior se puede inferir que las fotocopias de las resoluciones tienen el sello y la rúbrica del Personero Municipal a quien se hizo la solicitud, de suerte que tal funcionario estaría “autenticando” documentos que emanaron de terceros, específicamente, las resoluciones expedidas por el Alcalde del Municipio de Ocaña. No obstante el esfuerzo interpretativo para identificar al funcionario “autenticador”, la Sala considera que tales documentos no tienen el valor probatorio que ordena el artículo 254 antes anotado, en tanto que el Personero Municipal no tiene competencia legal para dar autenticidad a las copias de las resoluciones. La Ley 136 de 1994 prescribe cuál es la naturaleza de su cargo y cuáles las funciones correspondientes, de lo que se concluye que en ninguna parte se ha asignado a tales funcionarios la posibilidad de autenticar copias de documentos públicos emanados de terceros. En el numeral 2 del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil se reconoce el mismo valor probatorio de los documentos originales a las copias que hayan sido autenticadas por notario, cuestión que resulta evidente a la luz de las atribuciones que la ley ha dado a la institución del notariado en Colombia como titular de la fe pública o notarial, pero no así, como antes lo decíamos, en relación con los documentos “autenticados” por las personerías. En el numeral 1 de la norma se reconoce el mismo valor probatorio de los documentos originales a las copias “Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.”; este numeral tampoco puede ser aplicado al caso, especialmente, porque no hubo una orden judicial previa y, adicionalmente, porque es muy poco probable que los documentos públicos originales de las resoluciones dictadas por el Alcalde Municipal reposaran en la personería municipal. Tampoco se puede aplicar el numeral 3 debido a que no hubo inspección judicial en el curso de la cual se compulsaran copias del original o de copia autenticada de las resoluciones. Respecto de los contratos y de las actas de renovación correspondientes, los cuales tienen la condición de documentos públicos habida cuenta de la participación de un funcionario público en ejercicio de su cargo en la creación de los mismos, se puede notar que fueron aportados en copias simples, y en fotocopia autenticada de una copia simple, razón por la cual se concluye que no se acreditó la existencia y contenido de los contratos, en concordancia con lo prescrito por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

ACCION POPULAR - Carga de la prueba. Incentivo económico / INCENTIVO ECONOMICO - Carga de la prueba / PRINCIPIO DISPOSITIVO - Carga de la prueba. Acción popular

De conformidad con el artículo 30 de la ley 472 de 1998, que recoge para las acciones populares la regla general que en materia probatoria comprende el artículo 177 del Código de

Procedimiento Civil, y en materia civil el artículo 1757 del Código Civil, la carga de la prueba corresponde al demandante, en este caso al actor popular, lo cual, sumado a la existencia de un incentivo económico a su favor (artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998), le impone la obligación de aportar al proceso todas las pruebas pertinentes y conducentes para el éxito de la acción. Si bien es cierto que en el mencionado artículo 30 se afirma que el juez deberá impartir las órdenes necesarias para allegar algunas pruebas al proceso, esta disposición está limitada a los eventos en los cuales por razones de orden económico o técnico el actor popular no pueda cumplir con la carga de la prueba, de suerte que frente a las otras pruebas impera el principio dispositivo aludido anteriormente, en virtud del cual corresponde al demandante aportar los elementos probatorios. En el presente caso, el demandante omitió la carga de aportar las pruebas sobre los actos administrativos y contratos que constituían la materia principal del proceso, los cuales no entrañaban desde el punto de vista técnico, ni desde el económico, en los términos del artículo 30 referido, una carga que el demandante no pudiera asumir, de modo que resultara exigible a la autoridad judicial ordenar las pruebas de oficio. En efecto, el actor popular habría podido pedir al a quo que se ordenara a los demandados llevar al proceso copias auténticas de los documentos mencionados, de la misma forma que lo hizo al solicitar en la demanda que se ordenara a ESPO el envío de "...copia auténtica de los estados financieros de la entidad entre el 5 de enero de 2002 a la fecha...", pero no lo hizo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP)

Actor: HENRY PACHECO CASADIEGO

Demandado: MUNICIPIO DE OCAÑA Y OTRO

Referencia: ACCION POPULAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor popular en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de fecha 30 de marzo de 2006, por medio de la cual declaró improcedente la acción popular ejercida contra el Municipio de Ocaña y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña ESPO S.A. y negó las pretensiones.

ANTECEDENTES

1. Demanda

El 25 de noviembre de 2004, el señor Henry Pacheco Casadiego, en ejercicio de la acción popular, obrando en nombre propio, presentó demanda en contra del Municipio de Ocaña y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña ESPO S.A.–

1.1. Pretensiones

Las pretensiones comprendidas en la demanda estaban dirigidas a obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, y correspondían a:

Que se ordenara al Gerente de ESPO reintegrar al Municipio de Ocaña la suma de \$1.763.547.139,80, obtenida por aquella a título de utilidades netas en el período comprendido entre el 5 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, como consecuencia del usufructo ilegal de la infraestructura de propiedad del municipio en la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado; así mismo, que se ordenará el reintegro de las utilidades que se hubieran generado con posterioridad. En ambos casos se debería proceder con la actualización respectiva de las sumas;

Que se ordenara al Alcalde del Municipio de Ocaña adoptar las medidas necesarias para proteger los recursos públicos y evitar que continuara el enriquecimiento ilegal de ESPO y el detrimento correspondiente de los intereses de la sociedad ocañera;

Que se ordenara el reconocimiento y pago del incentivo económico a su favor.

1.2. Petición de Medidas Cautelares

Que se ordenara el embargo y retención de los dineros depositados o que llegare a depositar la demandada en las cuentas de las instituciones bancarias de la ciudad, hasta por un valor de \$2.700.000.000.00;

Que se ordenara el embargo y retención de los dineros que de manera diaria y periódica recaude la empresa, hasta por un valor de \$2.700.000.00.

1.3. Hechos

Los hechos expuestos por el actor popular, se pueden presentar de la siguiente forma:

El 13 de julio de 1994, mediante el Acuerdo 16 del Concejo Municipal de Ocaña, se creó una sociedad por acciones, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña ESPO S.A., para la administración de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo urbano en el Municipio de Ocaña;

El 2 de septiembre de 1994, mediante el Acuerdo 29 del Concejo Municipal de Ocaña, se autorizó al Alcalde Municipal para entregar en arrendamiento a la ESPO los activos del municipio necesarios para la prestación del servicio público referido;

El 13 de octubre de 1994, el Alcalde de ese entonces, Luis Eduardo Vergel Prada, suscribió con el representante legal de ESPO, William Alfonso Palacio Rueda, dos contratos de arrendamiento, identificados como 005 y 006, cada uno por duración de 5 años, renovables por acuerdo entre las partes;

En virtud del Contrato 005, el municipio entregó:

“...los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, incluyendo los sistemas eléctrico, mecánico e hidráulico de las plantas de tratamiento de agua potable de “El Algodonal” y “El Llanito”, así como elementos de almacén, implementos componentes de medidores, equipo de laboratorio y accesorios, equipos de cafetería, equipos de oficina y vehículo;

En virtud del Contrato 006, el municipio entregó:

“...cuatro (4) vehículos afectados a la prestación del servicio de aseo urbano; un (1) recolector-compactador Ford 800, una (1) volqueta Dodge 300, un (1) tractor Fiat Diesel 80-66 modelo 1989 con caja recolectora-compactadora y un (1) vehículo recolector-compactador de basuras marca Ford 700.”;

El 16 de octubre de 1999, José Aquiles Rodríguez Martínez, en condición de Alcalde del municipio, y Jesús Alfredo Contreras Mejía, como gerente encargado de ESPO, suscribieron un acta por medio de la cual renovaron los contratos 005 y 006 por la misma duración y canon originariamente pactados “...hasta cuando el honorable Concejo Municipal de Ocaña, a través de acuerdo municipal precise las nuevas condiciones en cuanto al valor y plazo de esta renovación.”;

El 3 de mayo de 2000, Iván Alfredo Manzano Rincón, en condición de alcalde encargado, y William Alfonso Palacio Rueda, gerente de ESPO, firmaron el Acta No. 006, por medio de la cual se estableció que el canon de arrendamiento, que a la fecha estaba en el 33%, de los recaudos obtenidos por el cobro de ESPO a los usuarios de acueducto, se aumentaría al 36 % y, posteriormente, al 40%. En el mismo sentido, respecto del servicio de alcantarillado, se acordó que el canon arrendamiento, que a la fecha estaba en el 33.33%, de los recaudos obtenidos por el cobro de ESPO a los usuarios de acueducto, se aumentaría al 45 % y, posteriormente, al 47%;

El 14 de junio de 2001, por medio de la Resolución No. 566, Jorge Eliécer Manosalva Durán, en condición de Alcalde Encargado del Municipio de Ocaña, terminó unilateralmente, en ejercicio de las cláusulas exorbitantes, el Contrato No. 005;

El 13 de julio de 2001, por medio de la Resolución No. 714, Francisco Antonio Coronel Julio, Alcalde de Ocaña, terminó unilateralmente, en ejercicio de las cláusulas exorbitantes, el Contrato No. 006;

Las resoluciones referidas, fueron debidamente notificadas a ESPO, y ordenaban, respecto de los contratos, “...su liquidación y la adopción de las medidas necesarias tendientes a asegurar la inmediata, continúa (sic), adecuada y eficiente prestación del servicio (...) y la inmediata restitución de los activos.-”;

ESPO solicitó la revocatoria directa de las resoluciones referidas, petición que no fue acogida por el alcalde mediante Resolución No. 1394 del 19 de noviembre de 2001;

ESPO demandó al municipio de Ocaña ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante la acción contractual ordinaria, con la pretensión, entre otras, de que se anularan las resoluciones números 566 de 2001, 714 de 2001 y 1394 de 2001. El proceso correspondiente se tramita bajo el número 2002-1443;

A pesar de que las resoluciones están en firme,

“(...) la actual administración, (sic) no ha adoptado las medidas para retomar sus propios bienes y cumplir y hacer cumplir sus propios actos, pues no sobra recordar, que las decisiones que resolvieron terminar la relación contractual con la empresa están cobijados por la presunción de legalidad, gozan de estabilidad; (sic) pues contra ellos no procede recurso alguno por la vía gubernativa y no resulta posible, promover su revocatoria directa en virtud de que contra ellos, se interpusieron los recursos de ley y, existe a la fecha auto de admisorio (sic) de la demanda que

pretende su anulación proferido por autoridad municipal competente y éstos están revestidos de fuerza ejecutoria y efectividad ejecutiva.

El 19 de mayo de 2004, el personero municipal de Ocaña, Yebrail Haddad Linero, presentó un derecho de petición ante el alcalde de Ocaña para que: se diera cumplimiento a lo dispuesto en las resoluciones mencionadas; se creara de manera temporal una unidad encargada de la administración de los servicios públicos; se hiciera una licitación pública para la concesión de la administración de los servicios; y se solicitara a ESPO:

“(…) el reembolso de la suma de mil setecientos sesenta y tres millones quinientos cuarenta y siete mil ciento treinta y nueve pesos con ochenta centavos (\$1.763'547.139,80) correspondiente a las utilidades netas obtenidas por la empresa para el período comprendido entre enero 5 de 2002 y diciembre 31 de 2003, no estando autorizada para percibir tales ganancias por contrato o fuente jurídica alguna”.

El 10 de junio de 2004, el alcalde dio respuesta a la petición anterior, pero no resolvió de fondo la solicitud, ni manifestó la intención de que el contratista devolviera el dinero referido.

2. Admisión y Notificación

El 2 de diciembre de 200–, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander por medio de auto admitió la acción popular, denegó las medidas cautelares solicitadas y ordenó: notificar personalmente al alcalde del municipio de Ocaña y correrle traslado por el término de 10 días; notificar personalmente al gerente de ESPO y correrle traslado por el término de 10 días; notificar a la Defensoría del Pueblo de Norte de Santander; comunicar al Procurador Judicial para Asuntos Administrativos; informar a los miembros de la comunidad de Ocaña, a través del Personero Municipal del municipio, en su condición de representante de la misma, y por los medios a su alcance.

3. Desistimiento de la acción y supuesto impedimento de la Magistrada ponente

El 13 de diciembre de 2004, el actor popular presentó un memoria– por medio del cual manifestó que existía animadversión hacía él de parte de la Magistrada Ponente Izziar Elisa Sarmiento Torres, y que, como consecuencia de ello, le solicitaba declararse impedida y desistía de la acción.

La Magistrada puso en conocimiento de la Sala lo expresado por el acto–, y ésta, mediante auto del 17 de enero de 200–, no aceptó la recusación insinuada por el actor y devolvió el asunto al despacho de origen para continuar con el trámite.

Con posterioridad, la Sala, mediante auto del 3 de marzo de 2005, resolvió negar la solicitud de desistimiento presentada por el acto–.

4. Contestación de la demanda por parte del Municipio de Ocaña y de la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña ESPO S.A.

El 7 de marzo de 2005, el Municipio y ESPO contestaron la demand– de manera conjunta, por intermedio de apoderado judicial, aceptando como ciertos unos hechos y contradiciendo otros.

Sus argumentos principales consistieron en:

La anterior administración del Municipio de Ocaña no hizo nada para materializar su decisión de

terminar los contratos No. 5 y No. 6, que tenían como objeto la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y recolección de basuras a ESPO. Esto último a pesar de que la resolución No. 1394 del 19 de noviembre de 2001, que denegó la pretensión de revocar las resoluciones No. 566 y No. 714 de 2001 (que terminaron unilateralmente los contratos No. 5 y No. 6), quedó en firme desde hace más de tres años (contados hasta el momento de la contestación de la demanda).

Contrario a lo que el alcalde anterior utilizó como motivación para terminar los contratos, no hubo incumplimiento por parte del Municipio de Ocaña derivado de la falta de constitución de las pólizas de garantía de los contratos, ni de la no suscripción del contrato de auditoría correspondiente; ESPO sí suscribió, con la Previsora S.A., la garantía para el cumplimiento de las obligaciones, y la auditoría externa la llevó a cabo la firma Servisistemas Contables;

Contrario a lo que el alcalde anterior utilizó como motivación para terminar los contratos, ESPO cumplió con la obligación de presentar los planes de gestión y resultados. En el mismo sentido, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le confirió a ESPO su “AVAL en lo que respecta al cumplimiento del marco normativo que dicho ente vigila”;

La administración municipal no procedió con la liquidación de los contratos en la forma prescrita por la ley;

ESPO ha continuado con la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, y ha venido cancelando el correspondiente canon de arrendamiento desde el 4 de enero de 2002, motivo por el cual, a pesar de la terminación unilateral de los mismos por parte de la administración, los contratos 005 y 006 de 1994 existen, y no hay lugar a la devolución de los dineros reclamados en la demanda;

La actual administración del Municipio no ha adoptado las medidas para hacer cumplir las resoluciones de terminación de los contratos, por cuanto está haciendo estudios minuciosos dirigidos a establecer si tales actos mantienen su sustento jurídico;

El Municipio de Ocaña es accionista mayoritario de ESPO, por lo tanto la entidad territorial recibe los dividendos que la empresa genera y el canon de arrendamiento correspondiente;

Las demandadas no han amenazado ni vulnerado los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

5. Audiencia de Pacto de Cumplimiento

El 4 de mayo de 2005 se llevó a cabo la audiencia. Se hicieron presentes la parte accionada y el Ministerio Público, pero no el actor popular, como consecuencia de lo cual se declaró fallid.

6. Alegatos de Conclusión y Concepto del Ministerio Público

Una vez superado el período probatorio (iniciado mediante auto del 7 de junio de 200—), el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concept.

6.1. Alegatos de conclusión del demandant—

Mediante escrito presentado el día 7 de marzo de 2006, el actor popular reiteró los argumentos de la demanda, en especial:

Señaló que ESPO, en el periodo comprendido entre el 5 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2005, se apoderó de una suma que asciende aproximadamente a dos mil trescientos millones de pesos (\$2.300.000.000.00) sin que hubiera fuente legal ni contractual para ello; por tal razón se debe reintegrar esa suma a la entidad territorial;

Insistió en que los contratos 005 y 006 de 1994 fueron terminados unilateralmente por la administración y en que las respectivas resoluciones se encuentran en firme, a pesar de la demanda ordinaria contractual instaurada por ESPO S.A. contra el Municipio de Ocaña.

6.2. Alegatos de conclusión de la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña S.A. y el Municipio de Ocaña–

Fueron presentados el día 8 de marzo de 2006. El apoderado de ambas partes reiteró lo dicho en la demanda y afirmó lo siguiente:

Existe fuente legal que faculta a ESPO a continuar con la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, porque el Municipio está de acuerdo en que se preserve dicho contrato y porque tal entidad ha recibido de ESPO los cánones de arrendamiento correspondientes;

El municipio debe asegurar la prestación de los servicios públicos esenciales como acueducto, alcantarillado y aseo, y en las actuales circunstancias, la entidad territorial no podría prestarlos de manera adecuada, eficiente y continua por cuanto no cuenta con las condiciones técnicas y económicas para ello; en tal sentido, la prestación de servicios por parte de ESPO debe continuar;

En consecuencia no se han amenazado ni vulnerado los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

6.3. Concepto del Ministerio Público–

El día 8 de marzo de 2006, el Ministerio Público solicitó al a quo que se denegaran las pretensiones de la demanda.

El fundamento para ello se hizo consistir en la existencia de un proceso en el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, donde, en ejercicio de la acción contractual, se pidió, entre otras cosas, la anulación de las resoluciones No. 566 y No. 714, por medio de las cuales el municipio de Ocaña dio por terminado los contratos de arrendamiento número 005 y 006 de 1994.

La Procuraduría considera que un pronunciamiento en el presente proceso popular haría nugatorio el fallo que se producirá en el marco de la acción ordinaria, por cuanto los dos están referidos a los mismos actos administrativos.

7. Sentencia de Primera Instancia

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia de 30 de marzo de 200, denegó las pretensiones de la demanda por improcedencia de la acción.

El a quo afirmó que la existencia de un proceso ordinario anterior, de naturaleza contractual, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (radicado 2002-1443) mediante el cual ESPO demandó al Municipio de Ocaña para que se declarara la nulidad de las resoluciones 566, 714 y

1394, que dieron por terminados los contratos de arrendamiento número 005 y 006 de 1994, no hacía posible seguir con la acción.

El Tribunal concluyó:

“Por lo tanto, al existir un proceso contractual por los mismos hechos con idéntico objeto y cuya existencia era conocida por el accionante se torna la acción popular en improcedente.”

8. Recurso de Apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación el día 2 de mayo de 200–, y argumentó, principalmente, que:

el propósito de la acción popular era diferente del de la acción ordinaria, en tanto que aquella no pretendía la declaración de nulidad de las resoluciones 566, 714 y 1394 de 2001, sino la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa;

la acción popular no buscaba el cumplimiento de las resoluciones anotadas, pues si esa hubiera sido la intención se habría impetrado la acción de cumplimiento;

es absurdo lo dicho por el Tribunal de que el actor pudiera haber actuado en el proceso contractual referido, pues el fin es totalmente disímil al de la acción popular.

Además de los argumentos referidos reiteró los esgrimidos en la demanda.

9. Actuación procesal en la segunda instancia

9.1. Admisión del recurso

El Consejo de Estado, por medio de auto de fecha 18 de agosto de 200, admitió el recurso de apelación.

9.2. Traslado para presentar alegatos de conclusión

El 9 de octubre de 2006, mediante aut, se dio traslado a las partes para la presentación de los alegatos de conclusión. Las partes guardaron silencio.

9.3. Traslado para presentar alegatos de conclusió

El Ministerio Público conceptuó mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2006, y solicitó que se confirmara la decisión del a quo.

9.4. Información a la comunidad sobre la existencia del proceso

Cuando se encontraba el asunto para dictar sentencia, el Consejero Sustanciador advirtió que no constaba en el expediente prueba de que se hubiera informado a los miembros de la comunidad sobre la admisión de la demanda, lo cual constituía una causal de nulidad. Por tal razón, mediante auto del 10 de octubre de 200, se ordenó que se publicara un aviso en el cual se hiciera constar la admisión de la demanda y la existencia de la nulidad saneable.

En atención a lo anterior, el actor popular aportó una certificación de que el aviso correspondiente había sido leído en la emisora Radio Sonar a las 7:15 a.m. del 12 de diciembre de 200.

CONSIDERACIONES

En este aparte la Sala estudiará los derechos colectivos cuyo amparo se pretende, esto es la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

1. Moralidad administrativa

La moralidad administrativa ha sido objeto de un buen número de esfuerzos jurisprudenciales para darle alcance y definición, como consecuencia de los cuales se ha dicho que se atenta contra tal derecho colectivo, entre otros eventos: cuando se transgrede la legalidad en razón a finalidades de carácter particula, noción que la aproxima a la desviación de poder; cuando se va en contra de los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondiente—; cuando se interpretan y aplican normas legales o decisiones judiciales en un sentido que se aparta de forma protuberante u ostensible del debido entendimiento de las misma.

La relación entre la moralidad y la juridicidad debe tener un espacio en esta providencia para efectos de dar un alcance más preciso a lo dicho recientemente por la Sala, a saber:

“la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública.”

La Sala considera, con base en la Constitución Política y en las normas legales, que el sistema jurídico colombiano precisa de la consagración en los textos jurídicos de las reglas que se aplican, y de los valores y principios que lo inspiran, para que éstos sean vinculantes, de suerte que no puede haber una fuente jurídica sin reconocimiento o desarrollo constitucional o legal.

(No significa lo anterior que esté proponiendo una interpretación restringida del orden jurídico a lo expresamente dispuesto en las normas, dado que existen fuentes jurídicas que se pueden extraer mediante una labor de interpretación del mismo ordenamiento, sin que éste haya prescrito literalmente su contenido, como es el caso de la costumbre, la buena fe, las buenas costumbres, la analogía (iuris y legis), los principios generales del derecho, entre otras, pero siempre dentro del ámbito de lo consagrado por las normas.)

La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como “correcto” y “bueno” para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución Política y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración.

Para la Sala, es completamente claro que las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social. Es ese contenido moral, cuando se hace referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura y simple de

juridicidad.

Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es “correcto” y “bueno” de conformidad con el “sentido común ético” y la “razón”, sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional.

El derecho es una ciencia social, en la cual la objetividad se presenta como lo que es generalmente aceptado por la comunidad, cosa que se puede lograr con la expedición de normas legales, con el desarrollo de valores y principios constitucionales y con el comportamiento conforme, congruente, lícito y reiterado de los asociados, como ocurre con el evento de la costumbre *praeter legem*.

Pero esa objetividad no se logra si se recurre, sin consultar a las normas, a términos como “correcto”, “bueno”, “razón”, los cuales, a pesar de contar con un significado natural y obvio en las diferentes acepciones que la perspectiva del lenguaje brinda, en los terrenos del derecho dan lugar a las más enconadas discusiones por la dificultad de su concreción, aplicación y accertamiento, y más aún por los riesgos que representan para la administración de justicia, al constituir un reto para los intentos de dar seguridad jurídica a la sociedad. Más difícil todavía resulta establecer el alcance del “sentido común ético” como factor para ponderar la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, dada la falta total de desarrollo de esta fórmula dentro de nuestra tradición jurídica.

Esa indeterminación abre un espacio para el libre juego de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales del juez, quien a pesar de desempeñar una actividad judicial, como individuo, de manera consciente o inconsciente, difícilmente renunciará a lo que tales inclinaciones le sugieren en su tarea de determinar en el caso concreto, y por fuera de lo que las normas ordenan, lo que es “correcto” y “bueno”, de acuerdo con la “razón” y el “sentido común ético”.

Con anterioridad se ha dicho que la moralidad integra al derecho, y que la moralidad administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual cuando se trate de una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso la violación de los dos contenidos, es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que representan un desarrollo de conceptos morales, y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico.

El juez se encuentra investido en todo momento de un grado importante de subjetividad respecto de sus fallos, pero esa subjetividad debe tener como asidero un objeto sobre el cual pueda desarrollar sus apreciaciones, es decir, unos cimientos firmes para edificar su decisión. La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, para determinar el alcance de ésta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos extranormativos que no resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos.

En consecuencia, la Sala afirma que lo “correcto”, lo “bueno” y la “razón”, son determinantes a

efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración. Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada.

2. Defensa del patrimonio público

El concepto de patrimonio público que ha dado la jurisprudencia asume como punto de partida la relativa claridad conceptual que tiene la noción de patrimonio. En tal dirección, se dijo por el Consejo de Estado en un primer momento, que se trataba de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiv{ }{ }.

No obstante lo anterior, en un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se amplió este contenido involucrando bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población. En esta oportunidad se expresó esta Sección de la siguiente forma:

“Aprovecha la Sala esta oportunidad para señalar que el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el 'sujeto' llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos.

“Tal es el caso del territorio nacional -del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria-, respecto del cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un 'dominio eminente' por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad. (subrayado fuera del texto)

“Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o de sus diversas entidades.”

En síntesis, este concepto de patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran en cabeza del Estado como su titular (bienes de uso público, bienes fiscales y el conjunto de derechos y obligaciones que contraiga) y aquellas que lo constituyen (es decir todo aquello que se entiende incluido en la definición de Estado como territorio).

Ahora bien, la consagración del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección, lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficientes y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva. Cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica

la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

1. Procedencia de la acción popular en el caso concreto

Las acciones populares se han instituido para la protección de los derechos e intereses colectivo

y, en tal virtud, han sido provistas, para el estudio y decisión final de los derechos sustanciales, de procedimiento más veloces que los de la vía ordinaria, así como también de trámite preferencial cuando se trata de pretensiones preventiva. Esto último ha provocado que en muchos casos los demandantes formulen acciones populares en lugar de acciones contenciosas administrativas, e incluso que respecto de una misma situación se invoque la protección por las dos vías.

En tal escenario, se ha presentado la inquietud acerca de si pueden coexistir respecto de unos mismos hechos una acción popular y una acción ordinaria. La Sala se ha pronunciado al respecto para reconocer que las acciones populares y las acciones de nulidad, así como aquellas y las acciones contractuales, se pueden adelantar simultáneamente, y en tal sentido, han sido tomadas decisiones que han permitido a los jueces populares, como una forma de proteger los derechos colectivos, suspender el efecto de los actos administrativos y de los contratos demandados, hasta cuando se produzca la decisión final en el proceso ordinario correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, el juez popular no está atado de manos por la simple existencia de un proceso ordinario que esté relacionado con hechos idénticos o similares a los que él está conociendo, y mal hace si se abstiene de pronunciarse sobre el asunto con base en tal argumento.

Cosa diferente es la que se presenta si dentro del proceso popular se evidencia que no existe un derecho colectivo involucrado, sino que el actor está pretendiendo utilizar una vía más expedita que la ordinaria para obtener la solución al conflicto subjetivo que ha surgido respecto del contrato estatal correspondiente. En este evento, la Sala considera que la acción popular no se puede convertir en una herramienta para que los intereses particulares reciban protección por un camino que no ha sido creado para esa finalidad, y ante tal escenario deberá ser declarada la improcedencia de la acción.

En observancia de lo dicho hasta el momento, la Sala concluye que cuando exista un interés colectivo involucrado con el acto o contrato del Estado, aun cuando haya una acción ordinaria en curso, la acción popular será procedente para analizar el asunto y, si hay lugar, para tomar las medidas judiciales que brinden el amparo respectivo.

En el caso concreto, el a quo denegó las pretensiones de la demanda por considerar que la acción popular era improcedente. Sostuvo que la existencia del proceso contractual, radicado 2002-1443, propuesto ante el mismo Tribunal Administrativo de Norte de Santander por parte de la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña E.S.P. en contra del Municipio de Ocaña, en el cual se solicitaba la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 566, 714 y 1394, hacía inviable la acción popular. Afirmó:

“Y son precisamente estas Resoluciones (566, 714 y 1394) las que pretende el accionante se hagan valer mediante la presente acción popular, y en forma consecuente se ordene el reintegro de unos recursos que en su sentir pertenecen al Municipio de Ocaña.

Tal situación fáctica debidamente probada, pone en conocimiento de esta corporación, que con anterioridad a la presentación de la demanda popular ya existía un proceso ordinario contractual.

Estas circunstancias evidencian, para el juez de la acción popular, que no puede entrar al análisis de si existe o no vulneración del derecho a la moralidad administrativo, porque tal análisis previamente ha sido asumido en juicio ordinario contractual; y que si el accionante estaba interesado en discutir lo mismo, debió actuar a través de las figuras jurídicas de la impugnación o coadyuvancia de la demanda según sus intereses. Por lo tanto, al existir un proceso contractual por los mismos hechos con idéntico objeto y cuya existencia era conocida por el accionante se torna la acción popular en improcedente.” (Subrayado fuera de texto)

La Sala considera que lo dicho por el tribunal en el sentido que el proceso ordinario contractual y el popular tienen “idéntico objeto” dista mucho de ser cierto; en concreto, entre uno y otro proceso se pueden advertir fácilmente las siguientes diferencias:

Proceso/Diferencia	Contractual	Popular
Partes	Demandante: ESPO Demandado: Municipio de Ocaña	Demandante: Henry Pacheco Casadiego Demandados: ESPO, Municipio de Ocaña
Pretensiones	Declaratoria de nulidad de las resoluciones 566, 714 y 1394 de 2001, que terminaron los contratos de arrendamiento entre ESPO y Ocaña para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado	Protección de los derechos colectivos mediante el reintegro al Municipio de Ocaña de las utilidades obtenidas por ESPO gracias al usufructo ilegal de los bienes del municipio en la prestación del servicio de acueducto, alcantarillado y aseo. (con tal propósito se pide dar aplicación a las resoluciones 566, 714 y 1394 de 2001)
Medidas Cautelares	Suspensión provisional de las resoluciones demandadas	Embargo de los dineros depositados en las cuentas bancarias de ESPO; embargo de los dineros que recaude ESPO
Derechos protegidos	Derecho subjetivos de ESPO para evitar los perjuicios que le generan las resoluciones demandadas al terminar los contratos	Derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público para evitar el detrimento de este último

Se puede observar que las diferencias en cuanto a partes, pretensiones, medidas cautelares, derechos protegidos, hacen que sea imposible decir que el proceso ordinario contractual y el popular tienen “idéntico objeto”, de forma tal que también resulta imposible declarar la

improcedencia de la acción popular argumentando como razón para ello la preexistencia de la acción ordinaria contractual. En efecto, en el proceso contractual ESPO y el Municipio de Ocaña son contraparte, defienden intereses subjetivos diferentes, uno demanda la nulidad de las resoluciones y el otro debe defender la validez de las mismas (aun cuando en el expediente no obra prueba de esto último); mientras que en el sub judice se puede evidenciar que los demandados, ESPO y Municipio de Ocaña actúan bajo una misma voz, al punto que los representa un mismo apoderado judicial, defendiendo la prestación actual de los servicios de acueducto y alcantarillado por parte de ESPO.

De conformidad con la exposición anterior, la Sala considera que los intereses que se quieren proteger mediante la acción popular, no son los mismos que se están discutiendo en el marco de la acción contractual que se inició con anterioridad, razón por la cual se aparta de la decisión del a quo sobre el particular.

2. Principales fundamentos jurídicos del actor popular

El actor popular afirmó que ESPO y el Municipio de Ocaña estaban vulnerando los derechos colectivos demandados, debido al “... usufructo ilegal de la (sic) toda (sic) inestimable e invaluable la (sic) infraestructura de propiedad de la entidad territorial utilizada por esta empresa privada, en la prestación del servicio de suministro de agua potable, de acueducto y alcantarillado”–

Como fundamento de lo anterior, señaló que:

El contrato número 5 del 13 de octubre de 1994, celebrado entre el Municipio de Ocaña y ESPO, con una duración de cinco años, para el arrendamiento de los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, renovado por igual término mediante documento suscrito el 16 de octubre de 1999, fue terminado unilateralmente mediante la resolución número 566 del 14 de junio de 2001 del Municipio de Ocaña;

el contrato número 6 del 13 de octubre de 1994, celebrado entre el Municipio de Ocaña y ESPO, con una duración de cinco años, para el arrendamiento de los bienes afectados a la prestación del servicio público de aseo urbano, renovado por igual término mediante documento suscrito el 16 de octubre de 1999, fue terminado unilateralmente mediante la resolución número 714 del 13 de julio de 2001 del Municipio de Ocaña;

el Municipio de Ocaña, mediante la resolución número 1394 del 19 de noviembre de 2001, confirmó lo dispuesto en las resoluciones mencionadas, como respuesta a los recursos presentados en la vía gubernativa en contra de las mismas;

las resoluciones referidas “se encuentran en firme, es decir, que gozan de estabilidad, y están cobijados por la presunción de legalidad, además de presentar fuerza ejecutoria y efectividad ejecutiva ... A pesar de lo anterior, la actual administración, no ha adoptado las medidas para retomar sus propios bienes y cumplir y hacer cumplir sus propios actos...”– (Subrayado fuera de texto)

“En efecto salta a la vista la manera irregular como ... ESPO, S.A., viene administrando y usufructuando valiosísimos bienes públicos sin que exista título legal alguno que los ampare, pues como se sabe, el municipio rompió toda relación contractual con la empresa al declarar la terminación unilateral de los contratos 005 y 006 de 1994 mediante las Resoluciones 566 y 714 de 2001, respectivamente, las cuales, se repite, gozan de plena estabilidad jurídica.”– (Subrayado

fuera de texto)

Se puede observar claramente que la base jurídica para imputar a los demandados la vulneración de los derechos colectivos consiste en que los actos administrativos señalados (566, 714 y 1394 de 2001) terminaron los contratos (005 y 006 de 1994), y que, no obstante, el Municipio de Ocaña no ha reasumido el control de los bienes entregados en arrendamiento, ni ha prestado los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, sino que ESPO ha continuado prestándolos sin que haya un contrato que lo legitime para ello; tal situación permitió a esta última obtener utilidades netas por valor de \$1.763.547.139,80 correspondientes al período comprendido entre el 5 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 y utilidades netas de los períodos siguientes (cuyos valores se desconocían al momento de presentar la demanda), respecto de las cuales se está pidiendo el “reintegro” a favor del Municipio de Ocaña.

3. Valor probatorio de los documentos aportados para acreditar la existencia y contenido de las resoluciones y contratos

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a determinar el valor probatorio de los documentos que dan cuenta de la existencia y contenido de los actos y contratos sobre los cuales se fundamenta la presente acción popular. Para tal efecto, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil por disposición expresa del artículo 29 de la ley 472 de 199, y por remisión del artículo 44 de la misma ley al Código Contencioso Administrativo, el cual, a su vez, en el artículo 16 encarga la regulación del asunto al Código de Procedimiento Civil.

Para el análisis correspondiente se debe recordar que quien los aportó al proceso fue el acto popular.

Entre otros documentos, se encuentran en el expediente:

Resolución número 566 del 14 de junio de 2001, la cual obra en fotocopia con un sello donde se lee: “Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”, y se observa sobre el mismo una rúbrica cuyo autor no se menciona en el document-;

Resolución número 714 del 13 de julio de 2001, la cual obra en fotocopia con un sello donde se lee: “Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”, y se observa sobre el mismo una rúbrica cuyo autor no se menciona en el document-;

Resolución número 1394 del 19 de noviembre de 2001, la cual obra en fotocopia con un sello donde se lee: “Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”, y se observa sobre el mismo una rúbrica cuyo autor no se menciona en el document-;

Contrato del 13 de octubre de 1994 (denominado en otros documentos “contrato número 5”), celebrado entre el Municipio de Ocaña y ESPO, el cual obra en fotocopia simpl-;

Contrato número 6 del 13 de octubre de 1994, celebrado entre el Municipio de Ocaña y ESPO, el cual obra en fotocopia simpl-

Acta de renovación de los contratos número 5 y número 6, por igual término al originalmente pactado (5 años), de fecha 16 de octubre de 1999, suscrita por el Municipio de Ocaña y ESPO, que obra en fotocopia simpl;

Acta de renovación de los contratos número 5 y número 6, por igual término al originalmente pactado (5 años), de fecha 3 de mayo de 2000, suscrita por el Municipio de Ocaña y ESPO, que

obra en fotocopia simpl– y, lo que es lo mismo, en fotocopia autenticada de una copia simpl

Los documentos referidos, de acuerdo con el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, corresponden a la calificación de documentos públicos, debido a que fueron otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención.

No obstante, habida cuenta de que los documentos no fueron aportados en origina, tendrá que estudiarse su valor probatorio de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 117), que a la letra dice:

“Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.
2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.
3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”

La Sala considera que los documentos aportados al proceso para acreditar la existencia y el contenido de los actos administrativos (resoluciones 566, 714 y 1394 de 2001) no cumplen con lo ordenado por las normas para su valoración probatoria. Al respecto, se puede advertir que la leyenda que obra sobre las fotocopias respectivas (“Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista”), acompañada de una rúbrica, y que hace las veces de autenticación, no identifica en parte alguna al funcionario que hizo la labor correspondiente.

A pesar de ello, en una labor de interpretación de las pruebas en conjunto, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civi

, la Sala ha advertido que el actor popular solicitó al Personero Municipal de Ocaña, Yebrail Haddad Linero expedir “... copia auténtica de todos los archivos (analógicos y magnéticos) ... sobre la relación jurídica suscitada entre el municipio de Ocaña y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Ocaña (ESPO S.A.) con ocasión del finiquitado “CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ... La petición tiene el propósito de constituir una prueba con fines judiciales...—. De lo anterior se puede inferir que las fotocopias de las resoluciones tienen el sello y la rúbrica del Personero Municipal a quien se hizo la solicitud, de suerte que tal funcionario estaría “autenticando” documentos que emanaron de terceros, específicamente, las resoluciones expedidas por el Alcalde del Municipio de Ocaña.

No obstante el esfuerzo interpretativo para identificar al funcionario “autenticador”, la Sala considera que tales documentos no tienen el valor probatorio que ordena el artículo 254 antes anotado, en tanto que el Personero Municipal no tiene competencia legal para dar autenticidad a las copias de las resoluciones. La Ley 136 de 1994 prescribe cuál es la naturaleza de su carg y cuáles las funciones correspondiente, de lo que se concluye que en ninguna parte se ha asignado a tales funcionarios la posibilidad de autenticar copias de documentos públicos emanados de terceros.

En el numeral 2 del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil se reconoce el mismo valor probatorio de los documentos originales a las copias que hayan sido autenticadas por notario, cuestión que resulta evidente a la luz de las atribuciones que la ley ha dado a la institución del notariado en Colombia como titular de la fe pública o notarial, pero no así, como antes lo decíamos, en relación con los documentos “autenticados” por las personerías. En el numeral 1 de la norma se reconoce el mismo valor probatorio de los documentos originales a las copias “Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.”; este numeral tampoco puede ser aplicado al caso, especialmente, porque no hubo una orden judicial previa y, adicionalmente, porque es muy poco probable que los documentos públicos originales de las resoluciones dictadas por el Alcalde Municipal reposaran en la personería municipal. Tampoco se puede aplicar el numeral 3 debido a que no hubo inspección judicial en el curso de la cual se compulsaran copias del original o de copia autenticada de las resoluciones.

En vista de lo anterior, con fundamento en las disposiciones legales, la Sala considera que no se probó la existencia y contenido de las resoluciones que constituyen la base de la argumentación del actor popular para la defensa de los derechos colectivos.

Respecto de los contratos y de las actas de renovación correspondientes, los cuales tienen la condición de documentos públicos habida cuenta de la participación de un funcionario público en ejercicio de su cargo en la creación de los mismos, se puede notar que fueron aportados en copias simples, y en fotocopia autenticada de una copia simple, razón por la cual se concluye que no se acreditó la existencia y contenido de los contratos, en concordancia con lo prescrito por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con el artículo 30 de la ley 472 de 199

, que recoge para las acciones populares la regla general que en materia probatoria comprende el artículo 177 del Código de Procedimiento Civi, y en materia civil el artículo 1757 del Código Civi, la carga de la prueba corresponde al demandante, en este caso al actor popular, lo cual, sumado a la existencia de un incentivo económico a su favor (artículos 3

y 4

de la ley 472 de 1998), le impone la obligación de aportar al proceso todas las pruebas pertinentes y conducentes para el éxito de la acción.

Si bien es cierto que en el mencionado artículo 30 se afirma que el juez deberá impartir las órdenes necesarias para allegar algunas pruebas al proceso, esta disposición está limitada a los eventos en los cuales por razones de orden económico o técnico el actor popular no pueda cumplir con la carga de la prueba, de suerte que frente a las otras pruebas impera el principio dispositivo aludido anteriormente, en virtud del cual corresponde al demandante aportar los elementos probatorios.

En el presente caso, el demandante omitió la carga de aportar las pruebas sobre los actos administrativos y contratos que constituían la materia principal del proceso, los cuales no entrañaban desde el punto de vista técnico, ni desde el económico, en los términos del artículo 30 referido, una carga que el demandante no pudiera asumir, de modo que resultara exigible a la autoridad judicial ordenar las pruebas de oficio. En efecto, el actor popular habría podido pedir al

a quo que se ordenara a los demandados llevar al proceso copias auténticas de los documentos mencionados, de la misma forma que lo hizo al solicitar en la demanda que se ordenara a ESPO el envío de "...copia auténtica de los estados financieros de la entidad entre el 5 de enero de 2002 a la fecha..., pero no lo hizo.

En consecuencia, la ausencia en el expediente de los actos administrativos y contratos referidos hace necesario que se denieguen las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de fecha 30 de marzo de 2006, en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda, pero con base en los argumentos comprendidos en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDA: ENVÍESE copia de la sentencia al registro público de acciones populares y de grupo que tiene a su cargo la Defensoría del Pueblo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

ACCION POPULAR - Procedencia. Bloque de constitucionalidad / ACCION POPULAR - Alcance. Bloque de constitucionalidad / ACCION POPULAR - Autonomía / ACCION POPULAR - Límite legal. Improcedencia / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Diferente a desviación de poder / DESVIACION DE PODER - Diferente a moralidad administrativa

La acción popular, a diferencia de las acciones legales, es un instrumento de rango constitucional, establecido para la protección de los derechos e intereses colectivos de los cuales es titular la comunidad o, en general, la población, circunstancia por la que, en modo alguno, su procedencia puede hacerse depender del marco legal; a contrario sensu, su origen y fundamento se halla de manera directa en el texto constitucional, en el bloque de constitucionalidad, y en la multiplicidad de tratados internacionales que protegen los derechos humanos en sus diversas generaciones. La autonomía es la que permite afirmar, sin anfibología, que el marco legal, en modo alguno puede servir de cortapisa para establecer el contenido y alcance de las acciones constitucionales y, de manera concreta, de los derechos o intereses que con su ejercicio se pretenden amparar o proteger. En consecuencia, considero que es un error el pretender equiparar la inmoralidad administrativa a la desviación de poder, entendida esta última como causal de anulación del artículo 84 del C.C.A., toda vez que la primera desborda el marco jurídico, para abordar el campo de un principio - derecho que quiere ser protegido por el Constituyente y por el

legislador, motivo por el cual se dotó al juez de una herramienta para que hiciera efectiva la protección a la moralidad. Desde la anterior perspectiva, me aparto de las consideraciones efectuadas en la providencia de la referencia, en tanto parecen indicar la necesidad de circunscribir el análisis de la moralidad administrativa a los planteamientos del ordenamiento legal, sin percatarse de que precisamente, el concepto de “moralidad” desborda los límites jurídicos, para adentrarse en el campo ético, esto es, de la valoración de lo “correcto” y de lo “razonable”. El juez en el Estado Social de Derecho moderno, tiende más a nutrirse de la idea del derecho como integridad, en donde a partir del reconocimiento de toda esa gama de normas de diversa jerarquía, debe desentrañar el valor intrínseco institucional con el que deben ser llenados los vacíos o las lagunas que dejan abiertas las reglas de textura abierta. Así las cosas, la razón por la cual se dice recoger el criterio contenido en la sentencia AP 2004-009, es que mediante ese entendimiento se estaría otorgando al juez una carta abierta para que volcara en las providencias su concepción moral, ética, política, familiar, psicológica y, en general, todo el ámbito de su propia existencia, como si con tal entendimiento se pretendiera implementar un esquema basado en los conceptos trazados por el realismo jurídico norteamericano y los estudios críticos del derecho (CLS). Nada más alejado de la realidad, el señalar que con los criterios que dice “precisar” la Sala, porque aquellos hayan desbordado el marco jurídico trazado por el ordenamiento jurídico. Por el contrario, es necesario acudir a la serie de planteamientos que sobre el particular fueron fijados, en su momento, en la sentencia AP 2004-009, por cuanto el concepto de ética objetiva u objetivada sirve como paradigma para que el juez pueda establecer si frente a determinado supuesto fáctico se vulneró o no la moralidad administrativa, máxime si esta última reviste una doble connotación jurídica, tanto como principio de la función administrativa, como derecho constitucional de rango colectivo. Nota de Relatoría: Ver REITERACION en la Aclaración de voto de 14 de julio de 2008, exp. AP 2003-00618

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Concepto / MORALIDAD ADMINISTRATIVA -
Legalidad . No es un límite

En mi criterio, el concepto de moralidad administrativa debe desbordar los marcos que le han sido impuestos como limitante, para dar lugar a una interpretación que, sin caer en la arbitrariedad, ilegalidad o abuso de poder, permita al juez aplicar los principios y valores constitucionales a partir de un contenido ético y moral objetivos que se encuentran en la sociedad y tienen su justificación en el mismo ordenamiento jurídico, en la experiencia de lo razonable, en la ética colectiva y, principalmente, en el sentido común, sin que el juez se limite a estructuras única y exclusivamente legales o jurídicas para dar sentido al principio - derecho colectivo bajo análisis. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el tema de moralidad administrativa como derecho colectivo, por cuanto considero que algunas apreciaciones avaladas por la posición mayoritaria, le restan efectividad a este importante e imprescindible principio y derecho colectivo, y limitan el acceso efectivo y real al aparato jurisdiccional, en procura de la concreción de verdaderos parámetros de justicia material, y no simplemente formal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP)

Actor: HENRY PACHECO CASADIEGO

Demandado: MUNICIPIO DE OCAÑA Y OTRO

Referencia: ACCION POPULAR

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien, comparto la sentencia proferida el 21 de mayo de 2008 en el proceso de la referencia, me aparto de algunos criterios y afirmaciones contenidos en la parte motiva que constituyen el fundamento de la presente discrepancia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la aclaración de voto

La Sala, a través de la aludida sentencia, confirmó la decisión apelada, en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda, pero con fundamento en que no se logró la comprobación de la violación a los derechos colectivos invocados.

Ahora bien, en la providencia se hicieron una serie de afirmaciones relativas al derecho colectivo a la moralidad administrativa. Los mencionados razonamientos son:

“La relación entre la moralidad y la juricidad debe tener un espacio en esta providencia para efectos de dar un alcance más preciso a lo dicho recientemente por la Sala, a saber:

“la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y el sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública.

“La Sala considera, con base en la Constitución Política y en las normas legales, que el sistema jurídico colombiano precisa de la consagración en los textos jurídicos de las reglas que se aplican, y de los valores y principios que lo inspiran, para que éstos sean vinculantes, de suerte que no puede haber una fuente jurídica sin reconocimiento o desarrollo constitucional o legal.

“(…) La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como “correcto” y “bueno” para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración.

“(…) Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es “correcto” y “bueno” de conformidad con el “sentido común ético” y la “razón”, sin que se exija como condición necesaria para ello la ocurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional.

“(…) Esa indeterminación abre un espacio para el libre juego de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales del juez, quien a pesar de desempeñar una actividad judicial, como individuo, de manera consciente o inconsciente, difícilmente renunciará a lo que tales inclinaciones le sugieren en su tarea de determinar en el caso concreto, y por fuera de lo que las normas ordenan, lo que es “correcto” y “bueno”, de acuerdo con la “razón” y el “sentido común ético”.

“(…) La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, para determinar el alcance de esta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos extranormativos que no resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos...” (páginas 13 a 16 de la sentencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto del razonamiento transcrito, aceptado de manera mayoritaria por Sala, tal y como lo he venido haciendo de forma sistemática, fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. La acción popular, a diferencia de las acciones legales, es un instrumento de rango constitucional, establecido para la protección de los derechos e intereses colectivos de los cuales es titular la comunidad o, en general, la población, circunstancia por la que, en modo alguno, su procedencia puede hacerse depender del marco legal; a contrario sensu, su origen y fundamento se halla de manera directa en el texto constitucional, en el bloque de constitucionalidad, y en la multiplicidad de tratados internacionales que protegen los derechos humanos en sus diversas generaciones.

En efecto, sobre las características de la acción popular, la jurisprudencia reiterada de esta Sala ha puntualizado:

“Es una acción pública, esto es, como mecanismo propio de la democracia participativa, puede ser ejercida por “toda persona” y además, para afianzar un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los Personeros y los servidores públicos.

“Es una acción principal, carácter que, de una parte, la dota de autonomía e identidad propias y resulta especialmente importante en tanto no permite que el juez eluda pronunciamiento de fondo alegando la existencia de otro mecanismo de defensa judicial y, de otra parte, permite su compatibilidad con otras acciones

“Tiene como finalidad única la protección de los derechos e intereses colectivos.

“La acción popular se rige por la prevalencia del derecho sustancial y el principio *iura novit curi*.

La acción popular se puede ejercer tanto para evitar daño contingente, para hacer cesar el peligro o la amenaza a un derecho colectivo, o para hacer cesar la vulneración sobre él. No obstante lo anterior, ha de precisarse que esta acción no ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes

, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes.

2.2. La mencionada autonomía es la que permite afirmar, sin anfibología, que el marco legal, en modo alguno puede servir de cortapisa para establecer el contenido y alcance de las acciones constitucionales y, de manera concreta, de los derechos o intereses que con su ejercicio se pretenden amparar o proteger.

En consecuencia, considero que es un error el pretender equiparar la inmoralidad administrativa a la desviación de poder, entendida esta última como causal de anulación del artículo 84 del C.C.A., toda vez que la primera desborda el marco jurídico, para abordar el campo de un principio - derecho que quiere ser protegido por el Constituyente y por el legislador, motivo por el cual se dotó al juez de una herramienta para que hiciera efectiva la protección a la moralidad.

2.3. Así las cosas, el referirse al ordenamiento jurídico, en su conjunto e integridad, como marco para la delimitación de la moralidad administrativa, no representa un aspecto novedoso de la jurisprudencia de la Sala, como quiera que, en pasada ocasión, acerca del concepto de “moralidad administrativa”, se señal:

“La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco- implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada.

“Lo anterior, como quiera que dada la textura abierta que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial que esté encargado de su aplicación.

“En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P. y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P..

“(…) Así las cosas, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada en contra de autoridades que cumplen función administrativa -a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstención, o un actuar positivo por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.

“De allí que, como corolario de lo anterior, para la Sala es claro que la moralidad administrativa puede entenderse bajo la óptica de dos criterios normativos que, si bien parten del mismo fundamento teórico, en su concreción o aplicación tienen diversas proyecciones a saber:

“a) La moralidad administrativa como principio: Se consagra como esencial de la función administrativa y, por consiguiente, implica que todos los servidores públicos o funcionarios

administrativos deben velar porque en el cumplimiento de sus tareas se respeten parámetros éticos de conducta que se comparten de manera consensual, por el conglomerado social.

“b) La moralidad administrativa como derecho colectivo: Radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada erga omnes, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que ejerce función pública, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.

“Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado:

“En su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad.

“(…)”

Desde la anterior perspectiva, me aparto de las consideraciones efectuadas en la providencia de la referencia, en tanto parecen indicar la necesidad de circunscribir el análisis de la moralidad administrativa a los planteamientos del ordenamiento legal, sin percatarse de que precisamente, el concepto de “moralidad” desborda los límites jurídicos, para adentrarse en el campo ético, esto es, de la valoración de lo “correcto” y de lo “razonable”.

El problema, así planteado, es de perspectiva; según lo precisado en las sentencias AP 2004-690 y AP 2004-0009, de las cuales fui el Magistrado Ponente, la moralidad debe necesariamente romper los esquemas de legalidad y juricidad, como quiera que el juez de la acción popular, en la gran mayoría de casos, a efectos de establecer si en un determinado evento se trasgredió la moralidad o no, deberá valorar la eticidad o ética objetiva, con miras a definir si en ese contexto de tiempo, modo y lugar, los supuestos que se someten a su consideración constituyen una violación al derecho colectivo objeto de estudio.

2.4. El criterio mayoritario, por consiguiente, incurre en una paradoja argumentativa, desde el punto de vista de la teoría jurídica, toda vez que afirma que la moralidad administrativa a que hace referencia el artículo 88 de la Carta Política y el artículo 4 de la ley 472 de 1998, debe estar enmarcada por el ordenamiento jurídico, es decir, por las leyes, los principios y valores que componen el mismo.

En efecto, la pregunta que habría que plantearse es la siguiente: ¿dar contenido a un valor o principio constitucional -normas con textura abierta-, no supone por sí mismo, recurrir a conceptos meta jurídicos que, en algunos eventos, pueden encontrarse en los consensos trazados por la ética y la moral objetivas?

2.5. Así las cosas, la hermenéutica mayoritaria pareciera querer ceñirse al positivismo clásico o analítico a efectos de controlar el concepto de moralidad administrativa, pero desconoce que en la propia Constitución Política de 1991, se vuelcan toda una serie de principios, estándares y valores que tienen validez normativa y, en consecuencia, pueden tener aplicación a casos concretos, pero tales postulados, dada su amplitud en tanto su supuesto fáctico como jurídico, su contenido debe ser llenado a partir de criterios extranormativos como: “lo razonable”, “lo

proporcional”, “lo bueno”, “lo censurable”, entre otros.

2.6. Se olvida de otra parte, la posición mayoritaria, que el orden jurídico no es autopoiético, por cuanto, a diferencia de los sistemas naturales, requiere de procesos de creación y convalidación normativa, en los cuales el sistema se nutre de otros sistemas o subsistemas naturales o sociales.

En esa perspectiva, el juez en el Estado Social de Derecho moderno, tiende más a nutrirse de la idea del derecho como integridad, en donde a partir del reconocimiento de toda esa gama de normas de diversa jerarquía, debe desentrañar el valor intrínseco institucional con el que deben ser llenados los vacíos o las lagunas que dejan abiertas las reglas de textura abierta.

Así las cosas, la razón por la cual se dice recoger el criterio contenido en la sentencia AP 2004-009, es que mediante ese entendimiento se estaría otorgando al juez una carta abierta para que volcara en las providencias su concepción moral, ética, política, familiar, psicológica y, en general, todo el ámbito de su propia existencia, como si con tal entendimiento se pretendiera implementar un esquema basado en los conceptos trazados por el realismo jurídico norteamericano– y los estudios críticos del derecho (CLS).

Nada más alejado de la realidad, el señalar que con los criterios que dice “precisar” la Sala, porque aquellos hayan desbordado el marco jurídico trazado por el ordenamiento jurídico. Por el contrario, es necesario acudir a la serie de planteamientos que sobre el particular fueron fijados, en su momento, en la sentencia AP 2004-009, por cuanto el concepto de ética objetiva u objetivada sirve como paradigma para que el juez pueda establecer si frente a determinado supuesto fáctico se vulneró o no la moralidad administrativa, máxime si esta última reviste una doble connotación jurídica, tanto como principio de la función administrativa, como derecho constitucional de rango colectivo.

2.7. Se debe modificar el paradigma clásico donde el juez era el encargado de aplicar la regla de la lógica formal o aristotélica (silogismo clásico), para ahondar en las nuevas perspectivas del derecho constitucional moderno, en donde el operador judicial cumple una función de suma importancia, motivo por el cual debe ser dotado de herramientas como el principio de proporcionalidad, la ponderación, y demás mecanismos de interpretación, como quiera que, en términos del profesor Gustavo Zagrebelsky:

“Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

Desconfiar de la capacidad con que cuenta el juez para analizar y estructurar el derecho como un sistema integral, al cual se debe dotar de contenido a partir de la ponderación y aplicación adecuada de los principios y valores a que hace referencia el ordenamiento constitucional, es inadmisibles, como quiera que los jueces, en gran medida, sirven para alivianar la tensión que, en ocasiones, existe entre las demás ramas del poder y la sociedad.

2.8. En mi criterio, la visión de este derecho así concebido es bastante reducida, pues tiene deficiencias en la determinación de su alcance y valoración, motivo por el cual, reitero los

argumentos que fueron expuestos en su momento in extenso, y que se encuentran contenidos en la sentencia AP 2004-009, toda vez que estoy convencido de que el ordenamiento jurídico colombiano no se agota en el concepto de legalidad y que, por el contrario, a lo largo del mismo se encuentran un sinnúmero de normas de diversa jerarquía que tienen la suficiente amplitud como para ser colmadas con criterios extra jurídicos de diversa índole.

2.9. Entonces, en mi criterio, el concepto de moralidad administrativa debe desbordar los marcos que le han sido impuestos como limitante, para dar lugar a una interpretación que, sin caer en la arbitrariedad, ilegalidad o abuso de poder, permita al juez aplicar los principios y valores constitucionales a partir de un contenido ético y moral objetivos que se encuentran en la sociedad y tienen su justificación en el mismo ordenamiento jurídico, en la experiencia de lo razonable, en la ética colectiva y, principalmente, en el sentido común

, sin que el juez se limite a estructuras única y exclusivamente legales o jurídicas para dar sentido al principio - derecho colectivo bajo análisis.

2.10. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el tema de moralidad administrativa como derecho colectivo, por cuanto considero que algunas apreciaciones avaladas por la posición mayoritaria, le restan efectividad a este importante e imprescindible principio y derecho colectivo, y limitan el acceso efectivo y real al aparato jurisdiccional, en procura de la concreción de verdaderos parámetros de justicia material, y no simplemente forma.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

