

REVISION EVENTUAL – Competencia para resolverlo en vigencia de la Ley 1285 de 2009 y posteriormente, en vigencia de la Ley 1395 de 2010

Expresa el apoderado de la Federación Nacional de Municipios que según los artículos 57 y 58 de la Ley 1395 de 2010, modificatorios de los artículos 132 y 134B del Código Contencioso Administrativo, la competencia para conocer de las acciones populares contra entidades del orden nacional corresponde en primera instancia a los Tribunales Administrativos y en segunda instancia al Consejo de Estado y las que se dirigen contra entidades departamentales, distritales o municipales deben ser conocidas por los Juzgados Administrativos en primera instancia, y en segunda por los Tribunales Administrativos; que en consecuencia, a partir de la expedición de este cuerpo normativo el Consejo de Estado perdió competencia para conocer de la revisión eventual de dichas fallos populares, pues se convirtió en juez de segunda instancia dentro de los mismos. Considera que en este orden de ideas, los procesos que hayan sido seleccionados en vigencia de la Ley 1285 de 2009 deben seguir adelantándose conforme a lo dispuesto en dicha ley, pero aquellos que no lo fueron deben ser devueltos a los Tribunales, por haber sido derogada la ley que le había conferido al Consejo de Estado la función de conocer de las revisiones eventuales de las acciones populares y de grupo por la referida Ley 1395, que le asignó la competencia para conocerlas en segunda instancia. Al respecto debe la Sala precisar que una cosa son las funciones del Consejo de Estado como juez de instancia y otra muy distinta las que ejerce como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, cuando obra como órgano de cierre para cumplir la función de unificación de la jurisprudencia en materia de acciones populares y de grupo, tal como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-713/08, M.P. Dra. Clara Inés Vargas, al efectuar el examen de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara, "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia" que declaró parcial y condicionalmente exequible el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, que aprobó como artículo nuevo el artículo 36A de la citada ley 270: "... En la medida en que se ha atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de ciertas acciones populares y de grupo (las que involucran las actuaciones de autoridades públicas o de particulares que desempeñan funciones administrativas), resulta igualmente válido que el Congreso haya optado por atribuir al Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la facultad para revisar las sentencias y demás providencias que pongan fin a esos procesos. Sin embargo, debe precisarse que se trata de una competencia adicional otorgada por el Legislador, que no lo despoja de la función de actuar como tribunal de única o segunda instancia en otros asuntos previamente asignados. A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones. ..." Por otra parte y a título de referencia histórica es importante mencionar que, precisamente, la revisión eventual surgió como un mecanismo para contrarrestar el hecho de que, en virtud de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, el Consejo de Estado ya no conocería más de las acciones populares y de grupo, de manera que existirían eventos en los cuales fuera necesario que esta Corporación revisara un tema específico y sentara un criterio unificado sobre el mismo, no sólo con la finalidad de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad, sino de propender porque los fallos de la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo otorgaran, cada vez más y con mayor autoridad, seguridad jurídica. (...) El marco normativo vigente para el momento en que se creó el mecanismo de revisión eventual posteriormente tuvo un cambio con la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010 que modificó las competencias para el conocimiento de las acciones populares de acuerdo con un criterio subjetivo, en atención a la calidad del demandado. (...) De acuerdo con lo anterior y a partir de allí, si la acción se ejerce para la protección de un derecho colectivo vulnerado o amenazado por una entidad de carácter nacional, el competente en primera instancia es el Tribunal Administrativo y en segunda instancia el Consejo de Estado y si se busca la protección de ese derecho respecto de entidades departamentales, distritales o municipales, los competentes en primera instancia son los Juzgados Administrativos y en segunda instancia los Tribunales Administrativos. (...) Los artículos 57 y 58 de la Ley 1395 de 2010 distribuyen la competencia de primera y segunda instancia para conocer de las acciones populares entre los Juzgados Administrativos, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, mientras que el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 regula el mecanismo de revisión eventual a cargo del Consejo de Estado cuando, agotadas o no las instancias, se dan los supuestos consagrados en la norma, estos son, entre otros, que se trate de una providencia que ponga fin al proceso y que sea dictada por un Tribunal Administrativo. A juicio de la Sala, la regulación de dos materias diferentes, aunque referidas ambas a la acción popular, descarta la posibilidad de que una haya derogado a la otra, como lo plantea el peticionario. Finalmente, la vigencia del mecanismo de revisión eventual es confirmada en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) en el que se mantiene el mecanismo de revisión eventual establecido por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, con la regulación de su finalidad, competencia y trámite. Codificación que, además, regula la competencia funcional para la acción dirigida a la protección de los derechos colectivos, al señalar en el artículo 152, relativo a la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia, entre otros, el siguiente asunto: “16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas”. Al igual que lo hace el numeral 10° del artículo 155 ibídem para los jueces administrativos en primera instancia cuando es contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas. Las competencias del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos en segunda instancia las consagran, respectivamente, los artículos 150 y 153 ibídem. Así las cosas, la Sala no considera que el Consejo de Estado haya perdido competencia para conocer de las revisiones eventuales por el hecho de ser también juez de instancia dentro de las acciones populares y de grupo, ya que ambas funciones, por su naturaleza, no son excluyentes entre sí y por el contrario resultan complementarias, y por ello no tiene vocación de prosperidad la solicitud que eleva el apoderado de la Federación para que la Corporación declare que carece de facultades para conocer del presente asunto. Ahora bien, frente al cuestionamiento que plantea la Federación Colombiana de Municipios, por la entrada en vigencia de esa disposición, consistente en que la misma derogó tácitamente el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 y en esa medida el Consejo de Estado perdió competencia para conocer de las revisiones eventuales de los fallos proferidos en las acciones populares, la respuesta de la Sala es que ello no es así. Lo anterior porque, por regla general, una ley estatutaria no puede ser derogada por una ley ordinaria, conforme al artículo 153 de la Carta y, en todo caso, la norma que se dice derogada regula un instrumento judicial diferente a las instancias propias de la acción popular.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 / LEY 1395 DE 2010 / LEY 1437 DE 2011
– ARTICULO 152

ACCION POPULAR – Procedencia cuando existen otros medios de defensa judicial / ACCION POPULAR, ACCION DE CUMPLIMIENTO Y ACCION DE TUTELA – En ciertos casos, respecto de unos mismos supuestos de hecho existen diversos instrumentos procesales a los que puede acudirse /

En primer término se advierte que ha sido uniforme la jurisprudencia del Consejo de Estado en determinar, con fundamento en los artículos 2°, 4°, 12, 14 y 15 de la Ley 472 de 1998, la autonomía que caracteriza la acción popular respecto de otros medios de defensa judicial. En efecto, la Sección Primera mediante el auto de 1 de febrero de 2001, AP 00148, Actor: FUNDEPÚBLICO, C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fue clara en reiterar la tesis de dicha independencia, siempre que esté de por medio la vulneración de un derecho o interés colectivo, por acción u omisión de las entidades públicas o de los particulares que desempeñan esas funciones. (...) Teniendo en cuenta que los criterios jurisprudenciales expuestos son coincidentes en la autonomía de la acción popular frente a otras acciones constitucionales, la Sala puede extraer las siguientes conclusiones: 1. La acción popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, reglamentada por la Ley 472 de 1998, tiene un trámite preferente y ostenta un carácter autónomo y principal, al tener como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos; la acción de tutela tiene carácter meramente residual y excepcional, en tanto sólo procede mientras el afectado no cuente con otros mecanismos ordinarios judiciales de defensa salvo cuando con ella se persiga evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; y la acción de cumplimiento es igualmente mecanismo subsidiario, ya que procede mientras el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción. Así las cosas, si bien la naturaleza de cada una de estas acciones constitucionales es la de proteger derechos que pertenecen a órbitas diametralmente distintas, lo cierto es que las acciones de tutela y de cumplimiento ceden ante la popular, en virtud de la entidad e importancia de los bienes que protege, es decir, cuando exista multiplicidad de instrumentos procesales factibles de ser utilizados respecto de unos mismos supuestos de hecho, debe tenerse en cuenta la naturaleza de los derechos e intereses que se pretenden amparar, ya que si éstos son de carácter colectivo, la acción popular se torna en la principal y verdadera herramienta para su protección. 2. Visto desde otro punto de vista, independientemente del cumplimiento o no de una norma, si se evidencia la vulneración de derechos e intereses colectivos, lo que procede es la acción popular; es decir, si el demandante, por medio del ejercicio de la acción popular pretende que se ordene el cumplimiento de una obligación contenida en una norma, lo cierto es que tal circunstancia no convierte en improcedente dicha petición, por cuanto la Ley 472 de 1998 no contempla como razón para su improcedencia la existencia de otros medios judiciales de defensa a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados, como sí lo prevén los artículos 6° del Decreto Ley 2591 de 1991 y 9° de la Ley 393 de 1997 en las acciones de tutela y de cumplimiento, respectivamente. 3. Si la protección de un derecho o interés colectivo se logra por medio del cumplimiento de una ley o

acto administrativo, cuya falta de acatamiento ha dado lugar a la vulneración del mismo, procede la acción popular, pues la protección de ese derecho o interés se materializa a través de la orden de cumplimiento; eso sí, siempre y cuando el actor popular demuestre que la vulneración o la amenaza de ese derecho es real, concreta y actual, o por lo menos inminente, pues de no ser así, la acción procedente es la acción de cumplimiento, en la que sólo se pretenderá el acatamiento de una ley o acto administrativo. En otras palabras, no procede la acción popular con la sola manifestación de que la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo fue o ha sido ocasionada por la omisión a un deber legal o administrativo y que la orden de su cumplimiento daría lugar a su resarcimiento o reparación, si no se prueba la realidad o inminencia del daño o amenaza de ese derecho o interés. 4. En ese sentido y teniendo en cuenta que el ámbito, alcance y estudio de cada uno de los asuntos de los que se ocupan estas acciones es diferente e independiente, la decisión que se tome en cada una de ellas tiene los efectos absolutos frente a la propia acción. Entonces surge el interrogante: ¿qué pasa en relación con los efectos de la decisión de una acción frente a la decisión que deba tomarse en otra? Hay que precisar en primer término que no es procedente, verbigracia, que en una acción de cumplimiento se llegue a considerar que hubo violación de un derecho colectivo a tal punto que impida posteriormente el ejercicio de una acción popular, en atención a que el análisis que se hace en la primera acción mencionada es referente al cumplimiento o no de una ley o de un acto administrativo, sin examinar si con dicho incumplimiento u omisión se transgreden o vulneran derechos o intereses colectivos. Pero ¿qué pasa cuando en una acción popular se demanda la protección de derechos colectivos cuya vulneración ha sido ocasionada, a juicio del demandante, por la omisión de la autoridad demandada del cumplimiento de un deber legal o administrativo y con anterioridad ha existido un pronunciamiento en una acción de cumplimiento en la que se ha analizado el acatamiento o no del mismo deber señalado en la acción popular y se considera que no ha habido tal incumplimiento? A juicio de la Sala esa decisión tiene como efecto, frente a la acción popular, que la violación o amenaza de un derecho o interés colectivo no se pueda fundamentar en el incumplimiento de esa ley o acto administrativo, pues frente a ese hecho, el juez constitucional lo ha decidido bajo el debate propio de este tipo de acción y su decisión hace tránsito a cosa juzgada; y frente a ese aspecto de la acción popular, dígame, hubo una decisión tácita. Pero ello no impide que se acuda a la acción popular con el propósito de que se protejan los derechos colectivos con fundamento en otros hechos diferentes al incumplimiento del deber legal que ya fue decidido, como por ejemplo por la violación de algún principio general del derecho.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998

ACCION POPULAR – En caso de haberse proferido una sentencia en una acción de cumplimiento, no por ello existe cosa juzgada en relación con la acción popular, toda vez que no existe identidad de objeto

No se podría considerar una cosa juzgada absoluta frente a la acción popular, porque lo que importa en esta acción es la protección de los derechos o intereses colectivos, aspectos que no fueron objeto de la acción de cumplimiento, ni materia de decisión. (...) Entonces de acuerdo con lo expuesto y bajo el criterio jurisprudencial mencionado, la cosa juzgada es un medio exceptivo y requiere para su configuración la concurrencia de tres factores, a saber: Identidad de partes: que quienes figuren como sujetos pasivo y activo de la acción sean los mismos tanto en el primer proceso como en el segundo; tradicionalmente la doctrina ha considerado que la identidad jurídica de partes se presenta cuando los

integrantes de las partes en el nuevo proceso son las mismas personas que intervinieron en el anterior, en el entendido de que no se debe confundir la identidad de partes con la identidad de personas, pues los efectos de la sentencia sólo se deben extender a quienes actuaron en el proceso que la origina. Identidad de objeto (sobre qué recae el litigio): que las pretensiones en el nuevo proceso correspondan a las mismas que integraban el petitum del primer proceso en el que se dictó la decisión; el objeto de la demanda consiste en “las pretensiones o declaraciones que se reclaman de la justicia”, que son precisamente los puntos sobre los cuales versa la parte resolutive de la sentencia; Devis señala que “el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada según el caso”. Identidad de causa (porqué del litigio): que el motivo o razón que sustenta la primera demanda, se invoque nuevamente y sea el fundamento jurídico de una segunda. Lo anterior significa que aunque los argumentos que se planteen en una acción popular hayan sido objeto de pronunciamiento en una acción de cumplimiento, dicha decisión incidirá necesariamente en la decisión que deba tomarse dentro de la acción popular, pero ese hecho no la hace improcedente ni agota la jurisdicción, en atención a que no hay identidad de objeto, pues la acción de cumplimiento no puede versar sobre la violación o amenaza de derechos colectivos, que es la finalidad de la acción popular y para lo cual se requiere del pronunciamiento judicial propio. (...) Para la Sala Plena, conforme al criterio expuesto en el acápite anterior, la decisión que se revisa no tiene reproche en cuanto determinó que no existía cosa juzgada, por lo siguiente: Frente a la acción de cumplimiento 2003-02509, si bien se perseguía el acatamiento, entre otros, del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, lo fue con el fin de que la entidad accionada entregara la relación de infractores de tránsito y se efectuara la conexión al SIMIT, aspecto irrelevante para la pretensión de esta acción popular, cuyo fundamento fue la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa por el no giro completo del porcentaje del 10% a que se refiere el artículo 10 de la Ley 769 de 2002 para la implementación y mantenimiento del SIMIT, lo que significa que las pretensiones, aunque basadas en la misma disposición, eran diferentes. Y menos frente a la acción de cumplimiento 2005-00093, en la que la decisión no fue de fondo al encontrar que había una causal de improcedencia conforme al parágrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997. En este sentido, ninguna incidencia podía tener esta decisión en la que habría de tomarse en la acción popular, ya que si bien en la acción popular el argumento de la violación del derecho colectivo cuya protección se pretendía consistió en el incumplimiento del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, la no decisión de fondo sobre la observancia o no de esa disposición en la acción regulada por la Ley 472 de 1998, traía como consecuencia que lo dicho en ese proceso no tenía porqué afectar o influir de manera directa o indirecta en la decisión de la acción popular, como en efecto ocurrió. En ese orden de ideas y en cuanto a este aspecto se refiere, la decisión que se revisa no amerita ser modificada. Además, como lo ha precisado la jurisprudencia, se trata de acciones que tienen un objeto y una finalidad diferentes, por lo que su ejercicio posterior no resulta improcedente.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Concepto / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Elementos configurativos / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Evolución jurisprudencial

Toda la jurisprudencia del Consejo de Estado previamente transcrita ha sido coherente en el propósito por aproximarse al concepto de moralidad administrativa como derecho colectivo y cada una ha efectuado sus aportes en aras de que tanto el que acude a la acción popular para la protección de este derecho colectivo, como el juez que la decide, cuenten con elementos que son necesarios y

pertinentes a efectos de instaurar una acción procedente, el uno, y abordar el análisis de la vulneración aludida, el otro, ambos dentro de un contexto enmarcado en ciertos presupuestos que permiten, además de otorgar una uniformidad en la concepción de este derecho, dar seguridad jurídica a las decisiones. En este sentido y dada la textura abierta de la consagración constitucional y legal es claro que no se puede pretender una definición exacta de moralidad administrativa, pues ello además de ser una labor compleja en cuanto tendría que abarcar de manera rigurosa los supuestos de conducta humana atentatorios de este derecho, con el peligro de que escape a esa definición alguno en especial, es difícil conceptualizar jurídicamente un aspecto del comportamiento humano que es guiado por un entorno axiológico tan amplio, como tan amplio es el concepto de "moral". Sin embargo, esta construcción conceptual elaborada en gran parte y de manera analítica, detallada y coherente, permite hablar del derecho colectivo a la moralidad administrativa desde las siguientes temáticas, las cuales se presentan con el ánimo de efectuar una consolidación conceptual y de esta manera cumplir con el propósito del mecanismo excepcional de revisión. La aproximación a la conceptualización del derecho colectivo en estudio está en consonancia con la preocupación de que la determinación de su transgresión no puede depender de la idea subjetiva de quien califica la actuación, en la medida en que se está frente a un concepto jurídico indeterminado. En efecto, sobre el papel del juez al analizar el concepto de moralidad administrativa, es importante que la determinación de su vulneración, o no, no dependa de la concepción subjetiva de quien deba decidir, sino que debe estar relacionada con la intención o propósito que influye el acto frente a la finalidad de la ley. En esa dirección y para la comprensión del motivo del actuar del funcionario, sirven como parámetros la desviación de poder; el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa; la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal; la conducta antijurídica o dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función. Se trata entonces de una concepción finalista de la función administrativa, siempre reglada y de la que siempre se espera esté al servicio del interés general y para el cumplimiento de los fines del Estado. Tales temas son: 1. La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho administración y administrados, es decir, la comunidad en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo hagan guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Así las cosas, el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones. 2. Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular: a) Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y

(ii) violación de los principios generales del derecho. (...) b) Elemento subjetivo. No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública. Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero. Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular. c) Imputación y carga probatoria. Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa. En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde, no sólo por así disponerlo el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, sobre contenido de la demanda, o el artículo 167 del Código General del Proceso, sino porque tratándose del derecho colectivo en estudio, donde debe ineludiblemente darse la concurrencia de los dos elementos anteriormente señalados, su imputación y prueba, junto con el impulso oficioso del juez, limita eficazmente que la acción popular sea utilizada inadecuadamente como medio judicial para resolver un juicio de simple legalidad y otorga todos los elementos necesarios para que el juez ponga en la balanza los supuestos jurídicos, fácticos y probatorios que lo lleven al convencimiento de que la actuación cuestionada estuvo bien justificada y no fue transgresora del derecho colectivo o que, por el contrario, se quebrantó el ordenamiento jurídico y de contera se vulneró la moralidad administrativa. La imputación que se haga en la demanda y la actividad probatoria del actor popular cobra especial importancia, porque le proporciona al juez un marco concreto para fijar el litigio y desarrollar el proceso con el fin último de hacer efectivo el principio constitucional con el que debe cumplirse la función pública. En efecto, el cumplimiento de este presupuesto permite que el juez popular tenga la seguridad de que está castigando realmente las conductas desviadas o deshonestas de los servidores en el ejercicio de sus funciones, al tiempo que está protegiendo o restableciendo el derecho que tienen los administrados a que la función pública se desarrolle conforme lo ha querido el constituyente. Por ello, la concurrencia de estos presupuestos garantiza que al momento de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa el juez cuente con todos los elementos fácticos, debidamente probados, sobre los cuales calificará si la conducta del servidor es reprochable moralmente o no, según las alegaciones de las partes. (...) En el caso concreto, los cargos imputados a la entidad demandada se fundaron en el desconocimiento de la ley, sin que se haya, siquiera, mencionado, menos argumentado fáctica y probatoriamente, un comportamiento del funcionario contrario a los fines y principios de la administración, es decir, antijurídico, deshonesto o corrupto. (...) Como quiera que en este caso la demanda no cumplió con la carga de efectuar las imputaciones serias de la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, no solo por la violación a la ley, sino aquellas referidas a la conducta desviada y deshonestas del funcionario que debía cumplir la ley y que dicha conducta puso en peligro o causó la violación del derecho colectivo, no procedía el estudio de la acción popular para hacer un análisis exclusivo del

principio de legalidad. En efecto, no era posible circunscribir el caso a la simple y pura violación de la ley, sin verificar la afectación material del derecho a la moralidad administrativa, como ocurrió en este caso, que, mediante el estudio aislado del principio de legalidad, la sentencia que se revisa encontró transgredido el derecho colectivo, no solo desconociendo el precedente jurisprudencial uniforme sobre el tema, sino desnaturalizando la acción popular en cuanto a su objeto y razón de ser. (...) En efecto, la postura adoptada por el Tribunal fue la de considerar que el concepto de moralidad estaba limitado a la verificación del cumplimiento de una norma jurídica, aspecto que ab initio fue proscrito por la jurisprudencia de la Corporación como único elemento determinante de la vulneración de ese derecho colectivo, dejando de lado, además porque la demanda tampoco lo invocaba, el estudio del comportamiento apropiado o no, correcto o no, desviado o no, en otras palabras ético o no, del funcionario sobre el cual recaía la obligación consagrada en el artículo 10 de la Ley 769 de 2002.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)

Actor: FERNANDO TORRES Y OTRO

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo entra a decidir la revisión eventual de la sentencia del 30 de abril y su sentencia complementaria del 29 de septiembre, ambas del año 2009, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, mediante la cual se confirmó la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2008 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Administrativo del Circuito de Bogotá dentro de la acción popular de la referencia, previo recuento de los siguientes,

ANTECEDENTES:

1. Los señores Fernando Torres y Alberto Bravo Cortés, en ejercicio de la acción popular formulada contra Bogotá D.C. –Secretarías de la Movilidad y Hacienda-, la

Federación Colombiana de Municipios y el Ministerio de Transporte, piden que se proteja el derecho colectivo a la moralidad administrativa, que consideran lesionado por las accionadas, porque el Distrito Capital se ha negado a girar a favor de la Federación Colombiana de Municipios la totalidad del porcentaje del 10% que se recaude por multas de tránsito impuestas a los infractores del Distrito Capital, para que sea utilizado en la implementación y mantenimiento del Sistema Público Integrado de Información sobre Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito –SIMIT-, conforme al artículo 10 de la Ley 769 de 2002.

Argumentan que en virtud de la ley 769 de 2002 se creó el Sistema Integrado de Información sobre Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito –SIMIT-, para lo cual, en su artículo 10° se autorizó a la Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado dicho sistema y percibir “el 10% de la Administración del sistema cuando se cancele el valor adeudado”; que Bogotá forma parte de la Federación Colombiana de Municipios -según consta en el Acuerdo Distrital No. 5 del 2 de mayo de 1991- y en tal medida, se encuentra en la obligación de pagar a la Federación el 10% de lo recaudado por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, desde el 6 de noviembre de 2002, fecha de entrada en vigencia de la citada ley 769, suma que asciende a la fecha de la presentación de la demanda, a más de veinticuatro mil millones de pesos (24.000'000.000=).

Por lo anterior solicitan:

“PRETENSIONES:

PRIMERA: DECLARAR que el DISTRITO CAPITAL – Alcaldía Mayor de Bogotá – vulnera el Derecho Colectivo de la Moralidad Administrativa previsto en el literal b) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, al negarse a girar a la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS la totalidad del porcentaje del diez por ciento (10%) de que trata el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, para que esta última lo utilice en la implementación y mantenimiento del Sistema Público Integrado de Multas y Sanciones de Tránsito.

SEGUNDA: ORDENAR al DISTRITO CAPITAL – Alcaldía Mayor de Bogotá – hacer el pago efectivo a la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS del diez por ciento (10%) de las multas y sanciones impuestas a los infractores del tránsito en la ciudad de Bogotá, desde el seis (6) de noviembre de 2002, fecha en que entró en vigor la Ley 769 de 2002, hasta la fecha en que sea fallado este asunto, independientemente si las multas fueron pagadas por los contraventores en el Distrito Capital o en otros municipios, suma que a la fecha es de más de veinticuatro mil millones de pesos (\$24.000.000.000) Mcte.

TERCERA: REQUERIR a la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS, para que demande del DISTRITO CAPITAL no sólo el cobro del diez por ciento (10%) del valor recaudado por multas y sanciones en otros municipios de Colombia, por infracciones cometidas en la ciudad de Bogotá, sino que también ese porcentaje sea aplicable a las infracciones pagadas voluntariamente.

CUARTA: DISPONER que el MINISTERIO DE TRANSPORTE, para coadyuvar con la eficacia de los artículos 10, 11 y 159 del Código Nacional de Tránsito, acate lo dispuesto en el parágrafo único del artículo 18 de la Ley 1005 de 2006.

QUINTA: RECONOCER el incentivo económico de que trata el artículo 40 de la Ley 472 de 1998”.

2. Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 19 de diciembre de 2008, en la que se protegieron los derechos colectivos a la moralidad pública, la seguridad y el patrimonio público, para lo cual ordenó a la Alcaldía Mayor de Bogotá dar cumplimiento, en el término de 15 días hábiles, al mandato contenido en los artículos 10 y 11 de la ley 769 de 2002, transfiriendo a la Federación Colombiana de Municipios el 10% de todos los dineros recaudados desde el 7 de agosto de 2002 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, debidamente indexados y actualizados.

Así mismo, ordenó al Ministerio de Transporte abstenerse de autorizar la expedición de especies venales al Distrito Capital y a los organismos de tránsito que no se encuentren a paz y salvo por concepto de pagos o contribuciones al SIMIT, así como reconoció el incentivo a favor de los actores y coadyuvantes equivalente al 15% de lo que recaude la Federación Colombiana de Municipios por concepto de obligaciones dejadas de pagar por el Distrito Capital, el cual se distribuirá así: un 80% para la parte actora que se dividirá por partes iguales, y un 20% para la coadyuvante.

3. El Distrito Capital, el Ministerio de Transporte y el Ministerio Público formularon recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue concedido por el Juzgado mediante auto del 28 de enero de 2009.

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, confirmó la decisión de primera instancia, mediante sentencia del 30 de abril de 2009.

Dijo que de conformidad con los artículos 10° y 160 de la ley 769 de 2002, Código Nacional de Tránsito Terrestre, y con el fin de fortalecer los ingresos de los Municipios y Distritos, se autorizó a la Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional un Sistema Integrado de Información sobre las Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito –SIMIT-, y dispuso que el 10% de los recaudos por concepto de multas y sanciones de tránsito se aplicarían a la administración del sistema.

Agregó el ad quem que no obstante la orden impartida por la norma citada, el Distrito Capital no ha efectuado dicha transferencia a la Federación, por considerar que el porcentaje establecido en la norma procede únicamente cuando el recaudo se realice por intermedio de la Federación, no cuando haya sido hecho directamente por ellos, y por eso sólo ha cancelado a favor del SIMIT \$696'269.375.40 por el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2004 y el 5

de febrero de 2007, con fundamento en una interpretación errada y “forzada” del artículo 10 de la Ley 769 de 2002 que no resulta válida, si se tiene en cuenta que la función del SIMIT es eminentemente informativa y no recaudadora, y que el porcentaje recaudado tiene una destinación específica: la administración del sistema en cabeza de FEDEMUNICIPIOS, sin exigencias ni condiciones adicionales que la ley no consagra.

Consideró además, que el SIMIT es un sistema que permite obtener un mayor recaudo de sumas causadas por este concepto a favor de las entidades territoriales, por lo que su no pago por parte del Distrito Capital contraría el interés general, fin esencial del Estado “para cuyo cumplimiento se debe ejercer la función pública, con fundamento en sus principios orientadores, entre los cuales se encuentra la moralidad administrativa” (fls. 199-200) el cual por ser un derecho colectivo, es susceptible de ser protegido mediante la acción popular.

Respecto del Ministerio de Transporte, precisó que viene incumpliendo con su obligación de no autorizar el trámite de especies venales a aquellos organismos de tránsito que no se encuentren a paz y salvo por concepto de pagos o contribuciones al SIMIT, entre otros, pues hasta la fecha continúa asignando tales rangos y series al organismo de tránsito del Distrito Capital, con fundamento en el reporte de información y legalización remitido por el mismo, lo cual ha propiciado que esta entidad territorial persista en su omisión.

Mediante sentencia complementaria del 29 de septiembre de 2009 la Subsección A, Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca adicionó la sentencia en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia en cuanto declaró no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el Distrito Capital y corrigió, igualmente, la fecha del fallo que confirmó.

SOLICITUDES DE REVISIÓN

El Distrito Capital, el Ministerio de Transporte y la Procuraduría General de la Nación piden que se dé trámite al mecanismo de revisión eventual previsto en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

I. EL DISTRITO CAPITAL, en extenso escrito (fls. 438-512) solicita que se revise el fallo popular, en los siguientes aspectos:

1. La acción popular no es procedente para dirimir un conflicto particular intersubjetivo, ni reclamar intereses a favor de un tercero o indemnización de perjuicios.

La sentencia del Tribunal no protegió derechos colectivos, sino que resolvió el conflicto particular que tiene actualmente la entidad con la Federación Colombiana de Municipios relativo a las sumas que debía transferirle por concepto de los recaudos por infracciones de tránsito, asunto que no puede ser ventilado mediante acción popular.

En efecto, mientras que el Distrito le ha pagado a FEDEMUNICIPIOS el 10% de las sanciones y multas cobradas en otros Municipios con su intervención, a partir del momento en que el sistema fue implementado, la Federación reclama el pago de dichas sumas desde que se expidió la ley; por ello, resulta evidente que tal controversia entre dos entidades públicas, cuyo resultado depende de la interpretación que se le dé al artículo 10° de la ley 769 de 2002, no puede ser resuelta mediante acción popular, sino mediante las acciones ordinarias pertinentes. Clara prueba de que la demanda popular no versa sobre derechos colectivos sino que intenta resolver un conflicto particular, es que FEDEMUNICIPIOS ha adelantado diversas acciones de cumplimiento y peticiones de conciliación prejudicial como requisito previo a la acción judicial con el fin de lograr a su favor el traslado de los recursos que pretende.

Además, el actor popular siempre debe actuar en interés de la comunidad, no puede perseguir pretensiones propias ni de terceros que no le han otorgado poder

para ello, pues en estos casos carecería de legitimación para incoar una acción de esta naturaleza.

Al haber ordenado el Tribunal que el Distrito Capital pagara perjuicios a favor de FEDEMUNICIPIOS, en calidad de daño emergente y lucro cesante, por el supuesto incumplimiento de las prestaciones establecidas en la concesión que le fue otorgada por ley, se desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado que en innumerables ocasiones ha definido que la acción popular no tiene carácter indemnizatorio, y que sólo se pueden reconocer aquellos destinados a reparar el “daño a un derecho o interés colectivo”, así como tampoco puede ordenar el cumplimiento de una ley o un contrato, ni imponer la obligación de pagar una suma de dinero, pues todo ello excede la competencia del Juez de la acción popular, determinada por el artículo 34 de la ley 472 de 1998, que se refiere a obligaciones de hacer o no hacer. En este caso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca condenó al Distrito Capital a pagar una suma de dinero -obligación de dar- a favor de una asociación de derecho privado y le impuso la obligación adicional de reconocer indexación e intereses.

Así mismo, considera que la acción popular no es procedente para intervenir en una relación obligacional entre el Estado y un particular, cuando con dicha relación no se afectan derechos colectivos, ni cuando no existe real vinculación entre las pretensiones de la demanda y la vulneración del derecho colectivo cuya violación se afirma en los supuestos fácticos. Explica que la enunciación de la violación de derechos colectivos no es un simple requisito formal que habilite el uso de la acción popular, sino que debe hacerse una imputación seria y concreta para que el actor popular adquiera legitimidad para obrar en nombre de la comunidad y para que el funcionario público al cual se le enrostra dicha imputación tenga la posibilidad de pronunciarse respecto de ella. Sin embargo, en este caso, ni se afirmó en la demanda ni se probó que el Distrito Capital estuviera utilizando indebidamente los dineros públicos que, según los actores, debían destinarse a pagar el porcentaje de la Federación Colombiana de Municipios.

2. La acción popular y la acción de cumplimiento. Considera el apoderado del Distrito que el Consejo de Estado debe definir su jurisprudencia en lo relativo a la figura de la cosa juzgada en una acción popular, teniendo en cuenta que la

controversia que se suscita ya fue resuelta por la Jurisdicción Contencioso Administrativa mediante acción de cumplimiento, en la que se desestimaron las pretensiones de la demanda instaurada por la Federación, mediante sentencia en la que los hechos y las pretensiones que se impetraron fueron los mismos. Lo anterior constituye cosa juzgada para las pretensiones y los hechos que se plantearon en esta acción popular, sin embargo, contrario a lo decidido en la acción de cumplimiento, la sentencia cuya revisión se solicita condenó al Distrito a pagarle a una federación privada una contraprestación sin soporte ni justificación.

Agrega que según lo ha considerado la Sección Tercera del Consejo de Estado (sentencias del 19 de octubre de 2007, Exp. 29273, M.P. Dr. Enrique Gil Botero y del 31 de julio de 2008, EXP. AP 00240-01 M.P. Dra. Ruth Stella Correa) cuando el artículo 332 del C. de P.C. habla de cosa juzgada se refiere a que la decisión previa en que ella se funda tenga el mismo objeto concreto que se persigue con la demanda, esto es, los mismos hechos y las mismas pretensiones, y que además, ambos procesos versen sobre el mismo asunto o el mismo litigio; que en esa medida, una sentencia proferida en una acción de cumplimiento que ha resuelto pretensiones idénticas a las que posteriormente se formulan en una acción popular sí configura cosa juzgada, e impide que se emita un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto.

3. La moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público. Señala que el Tribunal accedió a lo pretendido por la Federación apartándose de los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado relativos a la defensa de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público, los cuales exigen, para estructurar su amparo, que se acredite la relación con actos de corrupción tendientes a favorecer intereses particulares, lo cual no ocurrió en este caso (sentencia del 29 de enero de 2002, Exp. AP. 00013-01, M.P. Dra. Ruth Stella Correa).

Expresa que la divergencia interpretativa sobre una norma o el supuesto incumplimiento en el pago de una obligación no son constitutivos de violación de la moralidad administrativa. De manera que el hecho de que el Distrito Capital supuestamente hubiera incumplido las obligaciones a favor de la Federación

Colombiana de Municipios en la forma como esta asociación pretende que el Distrito lo haga, no puede calificarse de violación de la moralidad administrativa.

La simple afirmación de la parte actora de que se están vulnerando tales derechos colectivos no constituye el cumplimiento del requisito formal que permita a cualquier ciudadano y en cualquier caso acudir a la acción popular, pues el Distrito “no ha sabido explicar” dónde están los dineros que se reclaman, lo cual no es una afirmación seria y concreta, ni legitima a la parte demandante para formular acción popular por esta causa; de manera que si los actores se quejan de que estos dineros no se están manejando con pulcritud, lo pertinente es que se adopten las medidas para modificar esta conducta, pero no como en este caso, que se ordene entregar tales dineros a una asociación privada como lo es FEDEMUNICIPIOS.

Así mismo, dice que el derecho a la defensa del patrimonio público sólo puede invocarse para su conservación o su restablecimiento y no, como en este caso, para afectarlo ordenando que sobre el mismo se pague una suma de dinero.

4. El incentivo. El fallo también ordenó reconocer a los actores populares por concepto de incentivo el 15% de la suma que se ordenó pagar a favor de la Federación, desconociendo que ese porcentaje, según lo ha definido la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia del 2 de septiembre de 2009, Exp. AP 00618-01, M.P. Dra. Ruth Stella Correa) sólo se puede otorgar en los eventos en los cuales una entidad pública haya recuperado recursos, no en casos como éste, en que se está ordenando a la entidad pública transferir sus dineros a una privada.

Adicionalmente se ordena pagar el incentivo no sólo a los actores sino a los coadyuvantes de la acción popular, sin que se tenga en cuenta la actividad desplegada por ellos y sin advertir siquiera que no asistieron a la audiencia de pacto de cumplimiento.

5. Por último, se refiere a la competencia del juez de segunda instancia en las acciones populares, pues el Tribunal afirma que sólo se pueden tener en cuenta

los argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso de apelación, mas no en los alegatos formulados en segunda instancia, lo cual no es acertado, si se tiene en cuenta que las acciones populares se rigen por los principios de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia enunciados en el art. 5° de la ley 472 de 1998, de manera que el recurso de apelación que se interponga en el curso de la misma ni siquiera requiere sustentación y, aun así, el juez se puede pronunciar sobre todos los aspectos del fallo recurrido.

II. EL MINISTERIO DE TRANSPORTE, a su turno (fls. 428-434) sustenta la petición, así:

1. Arguye que la acción popular no es el mecanismo adecuado para lograr lo pretendido por los actores, que no es otra cosa que el cumplimiento de una norma, lo cual se obtiene mediante la acción de cumplimiento; que por ello, resulta evidente que se disfrazó el cumplimiento de una ley con la supuesta vulneración del derecho a la moralidad administrativa, no obstante que ni siquiera se constituyen los presupuestos necesarios (elemento objetivo – violación de la legalidad y subjetivo – que el funcionario haya actuado con el fin de lograr un provecho en beneficio propio o de un tercero) fijados por la jurisprudencia, para asegurar que existe una transgresión de este derecho colectivo.

2. Añade que el giro del 10% de que trata la ley 769 de 2001 no es para poner en funcionamiento el Sistema Integrado de Información por parte de FEDEMUNICIPIOS sino que es una retribución por la administración y actualización de la información, pues lo cierto es que las políticas de seguridad vial y los planes y programas en materia de tránsito que están a cargo del Ministerio, se hacen con o sin el giro de tales recursos; que, por ello, el Ministerio carece de responsabilidad en lo que le imputa y ordena el Tribunal, porque simplemente está encargado de autorizar el trámite de especies venales, mas no ejecuta trámites de especies venales.

Que la expedición de especies venales forma parte del servicio público esencial de tránsito y transporte del país, y que el Tribunal impone un nuevo criterio de moral

pública que es el de sacrificar lo público por garantizar los intereses particulares, pues es evidente que con la orden que le fue dada se impide el normal funcionamiento del servicio público esencial de transporte y afecta la comunidad usuaria del mismo; que, además, dicha Corporación va más allá de lo solicitado por el actor popular, ya que ordena en forma extra petita al Ministerio no autorizar rangos y especies venales, cuando en realidad lo único que pretendía aquel era el pago de lo adeudado por el Distrito Capital.

III. LA PROCURADORÍA GENERAL DE LA NACIÓN fundamenta la solicitud de revisión en que se debe unificar la jurisprudencia en dos aspectos: (i) lo relacionado con la configuración de la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa y (ii) los eventos en que tiene lugar el reconocimiento del incentivo consagrado en el art. 40 de la Ley 472 de 1998 (fls. 291-309).

1. Considera el Ministerio Público que la tesis adoptada en la sentencia cuya revisión se pide, se aparta de los parámetros ya fijados en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el concepto de moralidad administrativa (en el que se le vincula con la defensa del patrimonio público y la lucha contra la corrupción administrativa)¹ para fijar uno nuevo, al asimilarlo y confundirlo con el concepto de legalidad y, por ende, todo incumplimiento de una norma significa vulneración de tal derecho.

Señala que según tal criterio, para el Tribunal “el no pago del porcentaje de que trata el artículo 10 de la ley 769 de 2002... contraría el interés general” y en consecuencia vulnera la moralidad administrativa, lo cual constituye una interpretación absolutamente objetiva y automática contraria a lo dispuesto por la máxima Corporación, que ha establecido que “no toda violación al ordenamiento jurídico implica la vulneración de la moralidad administrativa, porque no siempre las normas involucran un principio o deber moral en su interior.”

2. Agrega que según el artículo 40 de la ley 472 tratándose de la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el incentivo será del “quince por

¹ Entre otras, cita la sentencia del 30 de agosto de 2007, dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso No. 2004-00009-01 C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón de la acción popular”, es decir que, por una parte, sólo resulta aplicable en tanto sea una entidad pública la que recupere la suma en virtud de la sentencia proferida dentro de la acción popular y estará obligada a su desembolso la persona que atentó o vulneró el correspondiente derecho o interés colectivo y, por otra, tal reconocimiento sólo tiene lugar con motivo de la actividad diligente, preocupada y constante del actor popular, y no de manera automática con la simple presentación de la demanda, situación que no operó en este caso, ya que los actores populares ni siquiera acudieron a la audiencia de pacto de cumplimiento y, no obstante, les fue reconocido como incentivo un monto equivalente a varios miles de millones de pesos.

IV. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN en escrito separado coadyuva la solicitud de revisión del fallo específicamente en lo relacionado con el reconocimiento del incentivo a favor de los actores populares y el coadyuvante, equivalente al 15% de lo que recaude la Federación Colombiana de Municipios por concepto de obligaciones dejadas de pagar por el Distrito Capital, pues ello significa un detrimento patrimonial de más de nueve mil millones de pesos (\$9.000'000.000) en contra de este ente territorial (571-578).

Señala que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia de acciones populares, la fijación del monto del incentivo ha tenido en cuenta, principalmente, la labor diligente y oportuna desplegada por el actor para lograr la protección de derechos colectivos. Que, además, para que se configure la vulneración a la moralidad administrativa debe existir necesariamente una trasgresión al ordenamiento jurídico y se debe probar la mala fe de la Administración, sin embargo, en este caso no se logró demostrar la violación a los principios de la función pública ni prácticas de corrupción o desviaciones de dineros o alguna conducta tendiente a favorecer los intereses particulares propios o de un tercero en perjuicio del interés general.

SOLICITUD DE EXCLUSIÓN Y CESACIÓN DEL TRÁMITE DE LA REVISIÓN

La Federación Colombiana de Municipios, por conducto de apoderado (Fls. 541 - 559), presentó una solicitud de que el proceso de la referencia fuera **excluido** de la revisión eventual, en atención a que no se daban en el caso los presupuestos necesarios e ineludibles para la procedencia de la revisión, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación sentada en el auto del 14 de julio de 2009 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como quiera que no se presentaban puntos ambiguos, complejos o contradictorios que ameritaran la unificación de jurisprudencia ni cobijaba aspectos que requirieran una interpretación o posición uniforme para la jurisdicción.

Que, evidentemente, tanto la primera como la segunda instancia coincidieron en los argumentos sobre la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa ocasionada por el Distrito Capital por el incumplimiento de una norma legal, que merecía ordenar su protección. Explicó que la interpretación del artículo 10 del Código Nacional de Tránsito era inequívoca y no había tenido tratamiento diverso por la jurisprudencia, ni cobijaba un tema de difícil comprensión, razón por la cual no se requería el pronunciamiento del Consejo de Estado.

Así mismo, mediante memorial presentado el 27 de julio de 2010 (fls. 626-628) solicitó la **cesación** del trámite de revisión eventual, pues según los artículos 57 y 58 de la Ley 1395 de 2010 que modificaron, respectivamente, los artículos 132 y 134B del Código Contencioso Administrativo, la competencia para conocer de las acciones populares contra entidades del orden nacional corresponde en primera instancia a los Tribunales Administrativos y en segunda instancia al Consejo de Estado y las que se dirigen contra entidades departamentales, distritales o municipales deben ser conocidas por los Juzgados Administrativos en primera instancia, y en segunda por los Tribunales Administrativos; razón por la cual, a partir de la expedición de este cuerpo normativo el Consejo de Estado perdió competencia para conocer de la revisión eventual de dichos fallos populares, pues se convirtió en juez de segunda instancia dentro de los mismos. Es decir, hubo una derogatoria tácita de la Ley 1285 de 2009.

Consideró que, en consecuencia, los procesos que hayan sido seleccionados en vigencia de la ley 1285 de 2009 deben seguir adelantándose conforme a lo

dispuesto en dicha ley, pero aquellos que no lo fueron tendrán que ser devueltos a los Tribunales, pues en virtud de esa derogación el Consejo de Estado perdió la competencia para conocer de la revisión eventual de los fallos proferidos en las acciones populares.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

I. POR EL CONSEJO DE ESTADO

El apoderado judicial del Distrito Capital (fls. 580 – 616) allegó copia del fallo de tutela del 10 de diciembre de 2009 proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el cual se ampararon de manera transitoria los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del Distrito Capital de Bogotá y, en consecuencia, ordenó: “**SUSPÉNDASE la ejecución de la sentencia** del 30 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en el sentido de que no podrá, con base en ella, hacerse pago alguno con cargo al erario, hasta tanto se resuelva la revisión prevista en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”².

En la mencionada providencia se consideró que no se había observado el trámite establecido en el Acuerdo 209 de 1997, que regula la designación y comunicación de los conjueces, pues no se notificó el auto que ordenó el sorteo del conjuez ni fue registrado en la página web de la Rama Judicial. Tampoco aparece anotado que el expediente hubiera pasado a Secretaría para el cumplimiento de la orden de sortear el conjuez ni que entró nuevamente al despacho del ponente una vez cumplido el auto. Que así mismo, no se observaba la constancia de que se le hubiera comunicado por escrito al Conjuez el hecho de su designación, así como tampoco que se hubiera señalado fecha y hora para el sorteo del conjuez. Señaló

² La acción de tutela fue instaurada por el Distrito Capital de Bogotá contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por la violación al debido proceso y de acceso a la administración de justicia por las irregularidades que se presentaron dentro del trámite de la acción popular No. 2007-00033-01, concretamente al momento de conformar la Sala de Decisión, como fueron el no haber notificado el auto que ordenó el sorteo del conjuez, no haber comunicado esa designación debidamente, ni haber cumplido, en general, las reglas de designación de los conjueces.

que aunque el procedimiento rápido que siguió el Tribunal estuviera guiado por la necesidad de dictar el fallo dentro de los plazos legales, lo cierto es que se había desconocido el debido proceso y el derecho a la igualdad frente a casos similares seguidos por la misma Sección, lo que afectaba no solo a las partes sino al órgano judicial, en la medida en que le restaba credibilidad y confianza a sus decisiones. Que era necesario que las partes conocieran, con plena identidad, quién era el juez que iba a resolver la contienda, tanto para hacer valer los derechos procesales de la recusación, como por razones de simple transparencia y publicidad. Por lo anterior, consideró que se debía optar por impedir que la sentencia se ejecutara hasta tanto se resolviera la solicitud de revisión interpuesta por el Distrito y por la Procuraduría General de la Nación contra la sentencia del 30 de abril de 2009.

II. POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Por remisión de la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se allegó al proceso la comunicación de la Corte Constitucional de la decisión adoptada el 12 de abril de 2010 dentro del expediente T-2.482-392, correspondiente a la acción de tutela promovida por la Nación – Ministerio de Transporte contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual reza así: “2. **SUSPENDER COMO MEDIDA PROVISIONAL**, con base en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, la totalidad de la sentencia proferida el día 30 de abril de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en el proceso de acción de popular instaurado por los señores Fernando David Torres Huertas y Diego Alberto Bravo Cortés contra el Distrito Capital de Bogotá y el Ministerio de Transporte, y a favor de la Federación Colombiana de Municipios” (fls. 621 – 622).

SOLICITUD DE AUDIENCIA

El apoderado judicial de la Federación Colombiana de Municipios, por memorial de fecha 27 de julio de 2012 (fls. 657-661) solicita a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación que le conceda un espacio de tiempo en la sesión de la Sala para documentarla sobre algunos aspectos que necesariamente

habrían de incidir en la decisión que debe adoptar en este proceso, concretamente sobre el destino que se le da en la práctica a los dineros que son objeto de recaudo por mandato de la Ley 769 de 2002, cuyo pago se ordenó en la sentencia que es objeto de revisión. La petición la fundamentó en la facultad oficiosa consagrada en el artículo 28 de la Ley 472 de 1998 y en el artículo 246 del Código Contencioso Administrativo, aplicable por remisión del artículo 44 de la Ley 472.

Así mismo, manifiesta que la Federación no tenía ningún interés en el tema relacionado con el pago del incentivo o la negación del mismo, único aspecto con el cual podría cumplirse el objeto de la revisión, en virtud de la derogatoria del mismo por parte de la Ley 1425 de 2010.

EL DECRETO DE REVISIÓN

Por auto del 22 de octubre de 2010, la Sección Segunda de la Corporación decidió seleccionar para su revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” el 30 de abril de 2009, y su complementaria del 29 de septiembre de 2009, por considerar que se dan los presupuestos que hacen procedente la revisión conforme a la Ley 1285 de 2009, en temas tales como (i) la procedencia de la acción popular habiendo sido utilizados o existiendo otros medios de defensa judicial; (ii) el concepto de lo que debe entenderse como derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público; (iii) los presupuestos y los requisitos para el reconocimiento del incentivo en las acciones populares en que se invoque el derecho colectivo a la moralidad administrativa, tema que se condicionó a la decisión que se adoptara en la sentencia que pusiera fin a la revisión eventual y (iv) la trascendencia e importancia social del asunto debatido.

En virtud de lo expuesto, procede la Sala a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el auto de la Sección Segunda de 22 de octubre de 2010 y con el fin de unificar jurisprudencia, emitir el fallo de revisión de la sentencia del 30 de abril de 2009 y su complementaria del 29 de septiembre de 2009, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, en el siguiente orden:

Se decidirán como cuestiones previas: (i) la petición de la Federación Colombiana de Municipios de cesar el trámite de revisión eventual por haber sido derogada la Ley 1285 de 2009 por la Ley 1395 de 2010 y (ii) la solicitud de la Federación Colombiana de Municipios de que la Sala Plena le conceda un espacio para exponer algunos temas que a su juicio incidirían en el presente fallo.

En segundo lugar se abordarán los aspectos principales de la revisión de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de la siguiente manera: (i) la procedencia de la acción popular habiendo sido utilizados o existiendo otros medios de defensa judicial; (ii) el concepto y definición del derecho colectivo a la moralidad administrativa³ y de acuerdo con lo resuelto, se adoptarán las decisiones a que haya lugar. Como se anunció en el auto de selección, el estudio del tema del incentivo y demás dependerá de la decisión que en esta providencia se adopte.

CUESTIONES PREVIAS

I. PETICIÓN DE CESACIÓN DE LA REVISIÓN EVENTUAL

³ Si bien en el auto que decidió seleccionar para revisión la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictada en segunda instancia en esta acción popular se considera que es importante precisar el concepto de lo que debe entenderse como derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, lo cierto es que de acuerdo con las consideraciones que efectuó el Tribunal, en las que no desarrolló argumentación alguna en relación con la defensa del patrimonio público como derecho colectivo independiente al de la moralidad administrativa y en atención a elementos que se pretenden consolidar, como se anunciaron en el acto de selección, la Sala Plena no hará ninguna referencia al derecho colectivo de defensa del patrimonio público individualmente considerado.

Expresa el apoderado de la Federación Nacional de Municipios que según los artículos 57 y 58 de la Ley 1395 de 2010, modificatorios de los artículos 132 y 134B del Código Contencioso Administrativo, la competencia para conocer de las acciones populares contra entidades del orden nacional corresponde en primera instancia a los Tribunales Administrativos y en segunda instancia al Consejo de Estado y las que se dirigen contra entidades departamentales, distritales o municipales deben ser conocidas por los Juzgados Administrativos en primera instancia, y en segunda por los Tribunales Administrativos; que en consecuencia, a partir de la expedición de este cuerpo normativo el Consejo de Estado perdió competencia para conocer de la revisión eventual de dichas fallos populares, pues se convirtió en juez de segunda instancia dentro de los mismos.

Considera que en este orden de ideas, los procesos que hayan sido seleccionados en vigencia de la Ley 1285 de 2009 deben seguir adelantándose conforme a lo dispuesto en dicha ley, pero aquellos que no lo fueron deben ser devueltos a los Tribunales, por haber sido derogada la ley que le había conferido al Consejo de Estado la función de conocer de las revisiones eventuales de las acciones populares y de grupo por la referida Ley 1395, que le asignó la competencia para conocerlas en segunda instancia.

Al respecto debe la Sala precisar que una cosa son las funciones del Consejo de Estado como juez de instancia y otra muy distinta las que ejerce como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, cuando obra como órgano de cierre para cumplir la función de unificación de la jurisprudencia en materia de acciones populares y de grupo, tal como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-713/08, M.P. Dra. Clara Inés Vargas, al efectuar el examen de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara, *"Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia"* que declaró parcial y condicionalmente exequible el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, que aprobó como artículo nuevo el artículo 36A de la citada ley 270:

“...

En la medida en que se ha atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de ciertas acciones populares y de grupo (las que involucran las actuaciones de autoridades públicas o de particulares que desempeñan funciones administrativas), resulta igualmente válido que el Congreso haya optado por atribuir al Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la facultad para revisar las sentencias y demás providencias que pongan fin a esos procesos. Sin embargo, debe precisarse que se trata de una competencia adicional otorgada por el Legislador, que no lo despoja de la función de actuar como tribunal de única o segunda instancia en otros asuntos previamente asignados.

A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones.

...

Por otra parte y a título de referencia histórica es importante mencionar que, precisamente, la revisión eventual surgió como un mecanismo para contrarrestar el hecho de que, en virtud de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, el Consejo de Estado ya no conocería más de las acciones populares y de grupo, de manera que existirían eventos en los cuales fuera necesario que esta Corporación revisara un tema específico y sentara un criterio unificado sobre el mismo, no sólo con la finalidad de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad, sino de propender porque los fallos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo otorgaran, cada vez más y con mayor autoridad, seguridad jurídica.

Así lo señaló la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación en el auto del 14 de julio de 2009, al considerar⁴:

“Esta labor de unificación de jurisprudencia asignada por la Constitución al Consejo de Estado en su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, adquiere especial importancia cuando se trata de las decisiones proferidas con ocasión del trámite de las acciones populares y de grupo, habida consideración de que -como se expuso anteriormente- con la entrada en funcionamiento de los Juzgados Administrativos esta Corporación carece de competencia para conocer, por vía de apelación o a través de cualquier otro mecanismo procedimental, de las decisiones proferidas por los jueces de instancia en los procesos iniciados como consecuencia de este tipo de acciones, dado que si bien es cierto que aún las Secciones Primera y Tercera del Consejo de Estado continúan recibiendo, tramitando y fallando esta clase de asuntos, ello se debe a que los Tribunales Administrativos del país todavía se encuentran resolviendo en primera instancia acciones populares y de grupo, debido al elevado número de demandas que se han presentado con base en los referidos cauces procesales, en relación con los cuales, según se indicó, hasta la entrada en funcionamiento de los Jueces Administrativos, el Consejo de Estado -como en la gran mayoría de los asuntos que se ventilan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo- funcionaba como Tribunal de segunda instancia.

Sin embargo, una vez sean evacuadas de manera íntegra por el Consejo de Estado las acciones populares y de grupo que se encuentran pendientes de decisión en segunda instancia, dicha Corporación no volverá a conocer, al menos en el marco del ordenamiento actualmente vigente, de procesos originados en el ejercicio de mecanismos procesales de esta naturaleza, los cuales, dada la extensión del ámbito dentro del cual pueden ser ejercidos, habida cuenta del amplio espectro de irradiación de los derechos cuya protección judicial garantizan, requieren, por consiguiente, de un

⁴ Auto de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de julio de 2009, Exp. AG-2007-00244-01 (IJ) C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

mecanismo efectivo por medio del cual el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pueda revisar las decisiones proferidas en este tipo de acciones con el fin de unificar la jurisprudencia”.

Pero, en términos de la providencia transcrita, el marco normativo vigente para el momento en que se creó el mecanismo de revisión eventual posteriormente tuvo un cambio con la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010 que modificó las competencias para el conocimiento de las acciones populares de acuerdo con un criterio subjetivo, en atención a la calidad del demandado, al disponer:

“Artículo 57. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo tendrá un numeral 14, cuyo texto será el siguiente:

14. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional.

ARTÍCULO 58. El numeral 10 del artículo 134-B del Código Contencioso Administrativo quedará así:

Artículo 134-B. *Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

10. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades de carácter departamental, distrital o municipal.”

De acuerdo con lo anterior y a partir de allí, si la acción se ejerce para la protección de un derecho colectivo vulnerado o amenazado por una entidad de

carácter nacional, el competente en primera instancia es el Tribunal Administrativo y en segunda instancia el Consejo de Estado y si se busca la protección de ese derecho respecto de entidades departamentales, distritales o municipales, los competentes en primera instancia son los Juzgados Administrativos y en segunda instancia los Tribunales Administrativos.

Ahora bien, frente al cuestionamiento que plantea la Federación Colombiana de Municipios, por la entrada en vigencia de esa disposición, consistente en que la misma derogó tácitamente el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 y en esa medida el Consejo de Estado perdió competencia para conocer de las revisiones eventuales de los fallos proferidos en las acciones populares, la respuesta de la Sala es que ello no es así. Lo anterior porque, por regla general, una ley estatutaria no puede ser derogada por una ley ordinaria, conforme al artículo 153 de la Carta y, en todo caso, la norma que se dice derogada regula un instrumento judicial diferente a las instancias propias de la acción popular.

En efecto, de conformidad con el artículo 153 de la Constitución Política, la aprobación, modificación o **derogación de las leyes estatutarias** exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Es decir, como la Corte Constitucional lo ha precisado: “[...] es claro que las leyes estatutarias pueden ser modificadas o derogadas por otras de igual categoría, tal como lo autoriza el artículo 153 de la Carta, las cuales obviamente deben ceñirse a la Constitución en cuanto a su trámite y contenido”⁵ y “[...] atendiendo el régimen jerárquico de las leyes, las disposiciones ordinarias que se expidan no podrán modificar, adicionar, reemplazar o derogar las normas contenidas en esta ley estatutaria, pues para ello deberá someterse la respectiva ley al trámite previsto en los artículos 152 y 153 de la Carta Política”⁶.

En este caso, si bien la Ley 1285 de 2009 modificatoria de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, evidentemente tiene la misma naturaleza de ser una ley estatutaria, la Corte al hacer el control previo de exequibilidad de dicho cuerpo normativo, en relación con el artículo 11 advirtió que “[...]la regulación prevista en la norma bajo examen no tiene estricta reserva de ley estatutaria, mas no por ello

⁵Sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶ Sentencia C-037/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

está viciada de inconstitucional, pues como fue explicado al comienzo de esta sentencia, *“no todo aspecto que de una forma u otra se relacione con la administración de justicia debe necesariamente hacer parte de una ley estatutaria. En consecuencia, el Congreso de la República, actuando como legislador ordinario, está facultado para introducir los ajustes o modificaciones que estime convenientes a los aspectos aquí regulados”*⁷.

Esta anunciada consideración sobre la posibilidad de que el legislador ordinario pudiera hacer modificaciones al artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 está en consonancia con el criterio de la Corte Constitucional según el cual cuando el contenido de una norma de una ley estatutaria es propio de las competencias ordinarias del legislador, la modificación a la misma no requiere del trámite cualificado consagrado en el artículo 153 de la Constitución pues “no tienen, *ratione materiae*, el carácter de normas estatutarias”⁸.

Y podría significar que, para el caso en estudio, la Ley 1395 de 2010 hubiera derogado el artículo 11 tantas veces mencionado, sin embargo, este no puede ser el alcance que se le deba dar a la disposición posterior, en la medida en que cada una regula un aspecto diferente de la acción popular.

En efecto, los artículos 57 y 58 de la Ley 1395 de 2010 distribuyen la competencia de primera y segunda instancia para conocer de las acciones populares entre los Juzgados Administrativos, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, mientras que el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 regula el mecanismo de revisión eventual a cargo del Consejo de Estado cuando, agotadas o no las instancias, se dan los supuestos consagrados en la norma, estos son, entre otros, que se trate de una providencia que ponga fin al proceso y que sea dictada por un Tribunal Administrativo.

A juicio de la Sala, la regulación de dos materias diferentes, aunque referidas ambas a la acción popular, descarta la posibilidad de que una haya derogado a la otra, como lo plantea el peticionario.

⁷ Sentencia C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸ Así lo señaló en sentencia C-818 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, al declarar exequible la expresión “*el artículo 73 de la Ley 270 de 1996*”, contenida en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, sobre derogaciones.

Finalmente, la vigencia del mecanismo de revisión eventual es confirmada en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) en el que se mantiene el mecanismo de revisión eventual establecido por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, con la regulación de su finalidad, competencia y trámite⁹. Codificación que, además, regula la competencia funcional para la acción dirigida a la protección de los derechos colectivos, al señalar en el artículo 152, relativo a la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia, entre otros, el siguiente asunto: “16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas”. Al igual que lo hace el numeral 10° del artículo 155 ibídem para los jueces administrativos en primera instancia cuando es contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas. Las competencias del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos en segunda instancia las consagran, respectivamente, los artículos 150 y 153 ibídem.

Así las cosas, la Sala no considera que el Consejo de Estado haya perdido competencia para conocer de las revisiones eventuales por el hecho de ser también juez de instancia dentro de las acciones populares y de grupo, ya que ambas funciones, por su naturaleza, no son excluyentes entre sí y por el contrario resultan complementarias, y por ello no tiene vocación de prosperidad la solicitud que eleva el apoderado de la Federación para que la Corporación declare que carece de facultades para conocer del presente asunto.

II. SOLICITUD DE AUDIENCIA ANTE LA SALA PLENA.

El peticionario fundamenta su solicitud en la facultad oficiosa del juez establecida en los artículos 28 de la Ley 472 de 1998 y 246 del Código Contencioso Administrativo, aplicable por remisión del artículo 44 de la citada Ley 472, y señala

⁹ El artículo 272 señala que “La finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica”; los artículos siguientes regulan los aspectos de trámite y competencia.

como finalidad la de documentar a la Sala, principalmente, sobre el destino que se le da en la práctica a los dineros que son objeto de recaudo por mandato de la Ley 769 de 2002, cuyo pago se ordenó en la sentencia que es objeto de revisión.

La Sala denegará la petición, toda vez que no se evidencia la necesidad de realizar una audiencia para la ilustración de los temas a que se refiere la Federación, como quiera que cuenta con todos los elementos de juicio para decidir esta revisión y el tema sobre el cual pretende disertar la peticionaria no amerita una ocasión especial, teniendo en cuenta que contó con todas las oportunidades procesales en las instancias para plantearlo y explicarlo con suficiencia.

Por otra parte, las normas en las que se fundamenta la petición no son pertinentes al tema pretendido, pues el artículo 28 de la Ley 472 de 1998 se refiere al periodo probatorio del proceso de acción popular en primera instancia y el artículo 246 del Código Contencioso Administrativo consagra la aclaración y adición de la sentencia en el proceso electoral. La norma que consagra la posibilidad de realizar una audiencia pública para dilucidar puntos de hecho o de derecho del debate es el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo, sin embargo, señala que la audiencia se deberá solicitar en el término de traslado para alegar de conclusión y efectuarse antes de que el proceso entre al Despacho del Ponente para sentencia, y en todo caso se trata de una facultad discrecional del Consejo de Estado decretarla o no. Y en este caso, como se consideró, no se advierte la necesidad de su práctica.

ASPECTOS PRINCIPALES DE LA REVISIÓN

BREVE REFERENCIA DEL TEMA

Los señores Fernando Torres y Alberto Bravo Cortés formularon acción popular en contra del Distrito Capital, la Federación Colombiana de Municipios y el Ministerio de Transporte, por considerar que vulneran el derecho colectivo a la moralidad administrativa por omitir girar a la Federación el porcentaje del 10% de que trata el artículo 10° de la ley 769 de 2002, que establece:

“ARTÍCULO 10. SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACIÓN SOBRE LAS MULTAS Y SANCIONES POR INFRACCIONES DE TRÁNSITO. Con el propósito de contribuir al mejoramiento de los ingresos de los municipios, se autoriza a la Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional, un sistema integrado de información sobre las multas y sanciones por infracciones de tránsito (SIMIT), por lo cual percibirá el 10% por la administración del sistema cuando se cancele el valor adeudado. En ningún caso podrá ser inferior a medio salario mínimo diario legal vigente.

PARÁGRAFO. En todas las dependencias de los organismos de tránsito y transportes de las entidades territoriales existirá una sede del SIMIT o en aquellas donde la Federación lo considere necesario, con el fin de obtener la información para el consolidado nacional y para garantizar que no se efectúe ningún trámite de los que son competencia de los organismos de tránsito en donde se encuentre involucrado el infractor en cualquier calidad, si éste no se encuentra a paz y salvo.”

Consideran los peticionarios que en virtud de la anterior norma, mediante la cual se creó el Sistema Integrado de Información sobre Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito, se autorizó a la Federación Colombiana de Municipios la implementación, actualización y administración de este sistema, para lo cual tiene derecho a percibir el 10% del total de lo que se recaude por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, obligación de la que se ha sustraído el Distrito Capital sin que hubiera “sabido explicar dónde están los dineros que corresponden al diez por ciento (10%) de que habla el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, como tampoco ha justificado razonablemente el porqué de su negativa a efectuar el pago”.

El Distrito Capital en la contestación de la demanda planteó lo siguiente: (i) que no era cierto que la entidad no hubiera cumplido con su deber legal, ya que le ha pagado a la Federación Colombiana de Municipios la suma de \$696.269.375,40 con corte a 5 de febrero de 2007, por concepto del 10% que le corresponde por la gestión adelantada por ella y que mejoró los ingresos del Distrito por dicho concepto, como se probaba con la certificación expedida por el Tesorero

Distrital¹⁰; (ii) que las cifras que indicaba la demanda por concepto de infracciones recaudadas por el Distrito eran ciertas, pero que los peticionarios no podían pretender que el aporte se hiciera sobre la totalidad de dichos valores, pues ello generaría un pago sin justificación legal, en la medida en que tales sumas se lograron sin la intervención o gestión de la Federación a través del SIMIT y, por ende, no existiría contraprestación alguna. En este sentido no se había vulnerado ningún derecho o interés colectivo relacionado con la moralidad administrativa, pues el Distrito ha procurado salvaguardar sus intereses al no transferir unos dineros que no tienen justificación legal y cuya destinación estaría dirigida a incrementar las arcas de la Federación sin fundamento alguno, ya que no fue por su gestión que el Distrito recaudó el valor de las multas sobre las que se pretende el pago; y (iii) propuso la excepción de cosa juzgada porque las pretensiones de esta acción ya fueron de conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado al resolver la acción de cumplimiento 2005-00093 instaurada por la Federación Colombiana de Municipios contra el Distrito Capital para el cumplimiento del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, cuyos pronunciamientos fueron desestimatorios de las pretensiones de la acción.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo que es objeto de revisión consideró que se había violado el derecho colectivo a la moralidad administrativa al señalar:

“La negativa de entregar el 10% del recaudo de multas y sanciones de tránsito obedece a una interpretación errada del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, y porque no decirlo, forzada, en cuanto condiciona arbitrariamente el pago del porcentaje a la intermediación del SIMIT en el recaudo de las multas y sanciones por infracciones de tránsito, apartándose, a sabiendas y obstinadamente, de un claro mandato legal. [...] el no pago del porcentaje de que trata el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, en que ha incurrido el Distrito Capital, hecho que reconoce y no corrige, contraría el interés general, fin esencial del Estado, para cuyo cumplimiento se debe ejercer la función pública, con fundamento en sus principios orientadores, entre los cuales se encuentra la

¹⁰ Fl. 170 del cuaderno 1.

moralidad administrativa, que además es un derecho colectivo, susceptible de ser protegido mediante la acción popular”¹¹.

En la sentencia complementaria, del 29 de septiembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la excepción de cosa juzgada, pues las pretensiones en una y otra acción eran diferentes, razón por la cual no se cumplía con la identidad de objeto. Consideró que el objeto de la acción popular era la protección de derechos e intereses colectivos para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza o vulneración, mientras que la finalidad de la acción de cumplimiento era hacer efectivo el cumplimiento de las normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos¹².

Bajo el anterior marco y teniendo en cuenta, como se señaló en el auto que seleccionó la decisión del Tribunal, la importancia y trascendencia que representa el asunto que se discute, no solo por la dinámica de la acción popular frente a otros instrumentos judiciales de origen constitucional, sino por el tema sustancial y las consecuencias económicas de la decisión de las instancias, se percibió la necesidad de consolidar algunos temas por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que resultan medulares para adoptar la decisión de revocar o confirmar la providencia del Tribunal que se revisa, que se anunciaron al inicio de estas consideraciones y son:

I. LA ACCIÓN POPULAR Y OTROS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL.

En este capítulo se analizará la procedencia de la acción popular habiendo sido utilizados o existiendo otros medios de defensa judicial, como la acción de cumplimiento, y los efectos de las sentencias dictadas en otras acciones constitucionales o en otros procesos en la decisión que se adopte en la acción popular.

¹¹ Fls. 198-199 del cuaderno 7.

¹² Fl. 414 del cuaderno 7.

Igualmente procedería también analizar lo concerniente a la indebida utilización de esta clase de acciones para defender los derechos que el actor estima conculcados por este medio; empero, a estas alturas y en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial, se dictará sentencia de mérito, sin más disquisiciones procesales sobre el particular.

Sin embargo, la Sala advierte que por este medio no se pueden disfrazar conflictos de carácter intersubjetivos, cuyo escenario natural son otros medios judiciales ordinarios previstos en las leyes procedimentales.

1. Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la autonomía de la acción popular respecto de otros medios de defensa judicial

En primer término se advierte que ha sido uniforme la jurisprudencia del Consejo de Estado en determinar, con fundamento en los artículos 2°, 4°, 12, 14 y 15 de la Ley 472 de 1998, la autonomía que caracteriza la acción popular respecto de otros medios de defensa judicial. En efecto, la Sección Primera mediante el auto de 1 de febrero de 2001, AP 00148, Actor: FUNDEPÚBLICO, C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fue clara en reiterar la tesis de dicha independencia, siempre que esté de por medio la vulneración de un derecho o interés colectivo, por acción u omisión de las entidades públicas o de los particulares que desempeñan esas funciones:

“ ...

Cabe señalar que en parte alguna de la Ley 472 de 1998 se regula, como sí sucede con el Decreto Ley 2591 de 1991 y la Ley 393 de 1997, frente a la acción de tutela y a la acción de cumplimiento, que la acción popular resulte improcedente por la existencia de otros medios de defensa judiciales a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados.

Por el contrario, del texto de las normas transcritas se desprende que el derecho o interés colectivo puede ser quebrantado por actos, acciones u omisiones de la entidad pública o del particular que desempeñe funciones

administrativas, lo que significa que al resolver la controversia el juzgador se pronuncia sobre la legalidad de esos actos, acciones u omisiones...”

(...)

“En otras palabras, siempre que esté de por medio la supuesta vulneración de un derecho o interés colectivo, por presunto acto, acción u omisión de las entidades públicas o de los particulares que desempeñan esas funciones, resulta procedente la acción popular, sin perjuicio de que también pueda intentarse otra acción, como por ejemplo la de nulidad o la contractual, a que alude el a quo.”

Con posterioridad, la Sección Primera ha insistido en tal posición, en sentencias como la del 9 de febrero de 2006, AP 2002-3876, Actor: Oscar Samir Benítez., C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade, en la que se dijo:

“La ley 472 de 1998 no contempla como razón para su improcedencia la existencia de otros medios judiciales de defensa, a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados, como sí lo prevén el Decreto Ley 2591 de 1991 y la Ley 393 de 1997 frente a la acción de tutela y la de cumplimiento.

El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudirse necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular.”

Así mismo, en fallo de acción popular de 31 de enero de 2011 proferido por la Sección Tercera, M.P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz, exp. 2003-02486-01, se precisó:

“ ...

*La acción popular, dada la importancia y relevancia jurídica de los bienes que protege, tiene un trámite preferente, salvo las excepciones consagradas legalmente (artículo 6º ley 472 de 1998); así mismo, tal y como se manifestó y, a diferencia de otras acciones de rango constitucional - v.gr. acción de tutela - , ostenta un carácter autónomo y principal; motivo válido para afirmar que su ejercicio **no depende de la existencia de otro mecanismo de defensa**, de un trámite administrativo independiente, o de lo que pueda decidirse en otro proceso judicial de carácter ordinario.(subrayado fuera de texto)*

Como quiera que la acción es autónoma y principal, no es viable que se formulen reparos para su ejercicio, diferentes a los que corresponden a las reglas procesales propias para su admisibilidad (artículo 18 ley 472 de 1998); por consiguiente, no resulta pertinente, ni legítimo, que se haga pender la admisión de la acción popular de la procedencia o no de otras acciones principales o subsidiarias, por cuanto ella tiene como objetivo específico y puntual el proteger a los derechos o intereses colectivos invocados en la demanda. Entonces, si bien podrían existir acciones administrativas o judiciales para juzgar la conducta - activa u omisiva - de las entidades o autoridades públicas, o particulares que cumplen función administrativa en relación con determinados hechos, lo cierto es que su admisión y procedencia no dependerá, en ningún caso, de la interposición o iniciación de aquellas acciones o procedimientos.

En ese contexto, es posible que la conducta de alguna persona que lesiona o trasgreda un derecho o interés colectivo pueda ser revisada vía otras acciones constitucionales u ordinarias, principales o subsidiarias, pero, en todos los casos, procederá la acción popular para el juzgamiento de los hechos y conductas que lesionan o amenazan el respectivo derecho colectivo” (subrayado y negrilla fuera de texto).

Reafirma aún más la viabilidad de que respecto de unos mismos supuestos fácticos se pueda formular acción de tutela y acción popular, la Sentencia

proferida el 28 de abril de 2011 por la Sección Primera, M.P. Dra. María Claudia Rojas, 2004-02843-01 en la que se dijo:

“Sea lo primero advertir que el Juzgado Primero de Familia de Tuluá, mediante sentencia de 22 de abril de 2004, decidió la acción de tutela con radicado 2004-0149, interpuesta por el actor, para reclamar protección de los derechos fundamentales a la vida y a la igualdad, con ocasión de hechos idénticos a los que constituyen el supuesto fáctico de la presente acción popular.

En dicha oportunidad, el Juzgado Primero de Familia de Tuluá tuteló como mecanismo transitorio el derecho a la vida del demandante, por tres (3) meses, y dispuso que en ese plazo debía instaurar la correspondiente acción popular, resolviendo de la siguiente manera:

...

Ahora bien, esta Sala ha reconocido la factibilidad de que unos mismos hechos puedan generar vulneración de derechos fundamentales y afectación, amenaza o vulneración de derechos colectivos; y en este sentido ha precisado que en ese evento procede examinarlos tanto por la vía de acción popular como de acción de tutela...”

Y en relación con la acción de cumplimiento, la Sección Primera de la Corporación, en sentencia del 10 de mayo de 2012, consideró¹³:

“Frente a la procedencia de la acción popular cuando lo que se pretende es la protección de un derecho o interés colectivo por medio del cumplimiento de una ley o acto administrativo, la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido que ni el artículo 88 de la Constitución Política, ni la Ley 472 de 1998, establecen la improcedencia de las acciones populares frente a la existencia de otras acciones que persigan la misma finalidad consagrada para aquellas, porque la acción popular

¹³ Exp. No. 76001-23-31-000-2010-01459-01(AP); C.P. Dra. María Elizabeth García González.

específicamente procede contra toda acción u omisión de la autoridad pública que **amenace o vulnere derechos colectivos**¹⁴.

*Igualmente, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que independientemente del cumplimiento o no de una norma, si se evidencia la vulneración de los derechos e intereses colectivos, lo que procede es la acción popular. Si el demandante, por medio del ejercicio de la acción popular pretende que se ordene a la entidad demandada el cumplimiento de una obligación contenida en una norma, lo cierto es que tal circunstancia no convierte en improcedente dicha acción, por cuanto la Ley 472 de 1998 no consagra como causal de improcedencia la existencia de otro mecanismo de defensa judicial que, para el caso en concreto, sería la acción de cumplimiento de que trata la Ley 393 de 1997*¹⁵.

Y la misma Sección, en una decisión más reciente, precisó¹⁶:

*“De ahí que no sea posible acceder a la medida de protección deprecada, ordenando el cumplimiento de la disposición objeto de la litis, si tal pretensión no se acompaña con la prueba de la amenaza o violación de los derechos invocados, pues, de lo contrario, lo procedente es que, para esos casos, el interesado acuda a la acción de cumplimiento -**SIN PERJUICIO DE LO QUE YA SE SEÑALÓ SOBRE LA PROCEDIBILIDAD DE LAS ACCIONES POPULARES**-, en la cual ya no tendrá que demostrar la presunta vulneración de derechos e intereses colectivos, sino la acción o la omisión de la autoridad que constituyen el incumplimiento de la norma con fuerza de ley o del acto administrativo, en los términos del artículo 8° de la Ley 393 de 1997...”*

2. Conclusiones

¹⁴ Consejo de Estado – Sección Primera. Expediente núm. 2001-00205. Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade.

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Quinta. Expediente núm. 2001-00293 (AP 288). Consejero ponente doctor Darío Quiñónez Pinilla.

¹⁶ Sentencia del 7 de junio de 2012, Exp. 25000-23-24-000-2010-00684-01; M.P. Dra. María Elizabeth García González

Teniendo en cuenta que los criterios jurisprudenciales expuestos son coincidentes en la autonomía de la acción popular frente a otras acciones constitucionales, la Sala puede extraer las siguientes conclusiones:

2.1. La acción popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, reglamentada por la Ley 472 de 1998, tiene un trámite preferente y ostenta un carácter autónomo y principal, al tener como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos; la acción de tutela tiene carácter meramente residual y excepcional, en tanto sólo procede mientras el afectado no cuente con otros mecanismos ordinarios judiciales de defensa salvo cuando con ella se persiga evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; y la acción de cumplimiento es igualmente mecanismo subsidiario, ya que procede mientras el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

Así las cosas, si bien la naturaleza de cada una de estas acciones constitucionales es la de proteger derechos que pertenecen a órbitas diametralmente distintas, lo cierto es que las acciones de tutela y de cumplimiento ceden ante la popular, en virtud de la entidad e importancia de los bienes que protege, es decir, cuando exista multiplicidad de instrumentos procesales factibles de ser utilizados respecto de unos mismos supuestos de hecho, debe tenerse en cuenta la naturaleza de los derechos e intereses que se pretenden amparar, ya que si éstos son de carácter colectivo, la acción popular se torna en la principal y verdadera herramienta para su protección.

2.2. Visto desde otro punto de vista, independientemente del cumplimiento o no de una norma, si se evidencia la vulneración de derechos e intereses colectivos, lo que procede es la acción popular; es decir, si el demandante, por medio del ejercicio de la acción popular pretende que se ordene el cumplimiento de una obligación contenida en una norma, lo cierto es que tal circunstancia no convierte en improcedente dicha petición, por cuanto la Ley 472 de 1998 no contempla como razón para su improcedencia la existencia de otros medios judiciales de defensa a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos

conculcados, como sí lo prevén los artículos 6° del Decreto Ley 2591 de 1991 y 9° de la Ley 393 de 1997 en las acciones de tutela y de cumplimiento, respectivamente.

2.3. Si la protección de un derecho o interés colectivo se logra por medio del cumplimiento de una ley o acto administrativo, cuya falta de acatamiento ha dado lugar a la vulneración del mismo, procede la acción popular, pues la protección de ese derecho o interés se materializa a través de la orden de cumplimiento; eso sí, siempre y cuando el actor popular demuestre que la vulneración o la amenaza de ese derecho es real, concreta y actual, o por lo menos inminente, pues de no ser así, la acción procedente es la acción de cumplimiento, en la que sólo se pretenderá el acatamiento de una ley o acto administrativo. En otras palabras, no procede la acción popular con la sola manifestación de que la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo fue o ha sido ocasionada por la omisión a un deber legal o administrativo y que la orden de su cumplimiento daría lugar a su resarcimiento o reparación, si no se prueba la realidad o inminencia del daño o amenaza de ese derecho o interés.

2.4. En ese sentido y teniendo en cuenta que el ámbito, alcance y estudio de cada uno de los asuntos de los que se ocupan estas acciones es diferente e independiente, la decisión que se tome en cada una de ellas tiene los efectos absolutos frente a la propia acción. Entonces surge el interrogante: ¿qué pasa en relación con los efectos de la decisión de una acción frente a la decisión que deba tomarse en otra?

Hay que precisar en primer término que no es procedente, verbigracia, que en una acción de cumplimiento se llegue a considerar que hubo violación de un derecho colectivo a tal punto que impida posteriormente el ejercicio de una acción popular, en atención a que el análisis que se hace en la primera acción mencionada es referente al cumplimiento o no de una ley o de un acto administrativo, sin examinar si con dicho incumplimiento u omisión se transgreden o vulneran derechos o intereses colectivos.

Pero ¿qué pasa cuando en una acción popular se demanda la protección de

derechos colectivos cuya vulneración ha sido ocasionada, a juicio del demandante, por la omisión de la autoridad demandada del cumplimiento de un deber legal o administrativo y con anterioridad ha existido un pronunciamiento en una acción de cumplimiento en la que se ha analizado el acatamiento o no del mismo deber señalado en la acción popular y se considera que no ha habido tal incumplimiento? A juicio de la Sala esa decisión tiene como efecto, frente a la acción popular, que la violación o amenaza de un derecho o interés colectivo no se pueda fundamentar en el incumplimiento de esa ley o acto administrativo, pues frente a ese hecho, el juez constitucional lo ha decidido bajo el debate propio de este tipo de acción y su decisión hace tránsito a cosa juzgada; y frente a ese aspecto de la acción popular, dígase, hubo una decisión tácita. Pero ello no impide que se acuda a la acción popular con el propósito de que se protejan los derechos colectivos con fundamento en otros hechos diferentes al incumplimiento del deber legal que ya fue decidido, como por ejemplo por la violación de algún principio general del derecho.

2.5 No se podría considerar una cosa juzgada absoluta frente a la acción popular, porque lo que importa en esta acción es la protección de los derechos o intereses colectivos, aspectos que no fueron objeto de la acción de cumplimiento, ni materia de decisión. En efecto, sobre la cosa juzgada la Sala Plena ha considerado¹⁷:

“La institución de la cosa juzgada está sujeta a dos límites: el objetivo, que mira hacia el asunto sobre el que versó el debate y la causa petendi de la prestación, y el subjetivo, que tiene que ver con las personas que fueron parte en el proceso. Así mismo, la cosa juzgada se predica de los puntos que han sido materia expresa de la decisión de una sentencia y sólo puede extenderse a aquellos que por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de ella, se reputan tácitamente decididos.

Los principios tutelares de esta institución jurídica son los establecidos en el artículo 332 del C.P.C, los cuales son aplicables al proceso

¹⁷Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 26 de julio de 2005, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Proceso 1999 – 00217.

contencioso administrativo, por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A. Prescribe el citado artículo 332 del C.P.C.:

Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.”.

En un pronunciamiento reciente, la Sección Segunda, precisó:

“Como es conocido, la cosa juzgada está llamada a garantizar la unidad de la jurisdicción, de modo que solamente haya un pronunciamiento sobre la misma materia. Así, cuando la jurisdicción se agota con una decisión, ésta se vuelve intangible por antonomasia y ningún otro juez puede volver sobre el asunto, pues de hacerlo, sería posible el hallazgo de dos sentencias contradictorias sobre idéntica controversia lo cual desconocería la unidad de jurisdicción y lesionaría la seguridad jurídica, pues la aplicación de unas mismas normas a un caso idéntico, no puede conducir razonablemente a resultados distintos.

De la misma manera, la cosa juzgada constitucional está prevista para prohibir a todas las autoridades la reproducción de un acto declarado inexecutable, mientras subsistan en la Constitución los preceptos que dieron origen a la exclusión del acto del ordenamiento jurídico.

La cosa juzgada que impide un nuevo pronunciamiento sobre la misma materia, supone que previamente el Juez se haya ocupado exactamente del mismo asunto, es decir, la cosa juzgada exige que haya una triple coincidencia o identidad entre el asunto ya juzgado y el que de nuevo es llevado a la jurisdicción. Dicho con otras palabras la

pretensión debe ser idéntica, la causa de esa pretensión ha de ser la misma y las partes deben coincidir”¹⁸.

Entonces de acuerdo con lo expuesto y bajo el criterio jurisprudencial mencionado, la cosa juzgada es un medio exceptivo y requiere para su configuración la concurrencia de tres factores, a saber:

Identidad de partes: que quienes figuren como sujetos pasivo y activo de la acción sean los mismos tanto en el primer proceso como en el segundo; tradicionalmente la doctrina¹⁹ ha considerado que la identidad jurídica de partes se presenta cuando los integrantes de las partes en el nuevo proceso son las mismas personas que intervinieron en el anterior, en el entendido de que no se debe confundir la identidad de partes con la identidad de personas, pues los efectos de la sentencia sólo se deben extender a quienes actuaron en el proceso que la origina.

Identidad de objeto (sobre qué recae el litigio): que las pretensiones en el nuevo proceso correspondan a las mismas que integraban el petitum del primer proceso en el que se dictó la decisión; el objeto de la demanda consiste en *“las pretensiones o declaraciones que se reclaman de la justicia”, que son precisamente los puntos sobre los cuales versa la parte resolutive de la sentencia; Devis²⁰ señala que “el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada según el caso”²¹.*

Identidad de causa (porqué del litigio): que el motivo o razón que sustenta la primera demanda, se invoque nuevamente y sea el fundamento jurídico de una segunda.

¹⁸ Sentencia del 17 de mayo de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2011-00153-00(0502-11); C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ López Blanco, Hernán Fabio; Procedimiento Civil, Parte General, novena edición, Dupre editores, 2005. pág. 642.

²⁰ López Blanco, Hernán Fabio; Procedimiento Civil, ob. cit., pág. 643.

²¹ Devis Echandía, Hernando, Compendio de derecho procesal civil, editorial Dike, Medellín, 1990, Pág. 220, citado por Hernán Fabio López ob. Cit., pág. 643.

Lo anterior significa que aunque los argumentos que se planteen en una acción popular hayan sido objeto de pronunciamiento en una acción de cumplimiento, dicha decisión incidirá necesariamente en la decisión que deba tomarse dentro de la acción popular, pero ese hecho no la hace improcedente ni agota la jurisdicción, en atención a que no hay identidad de objeto, pues la acción de cumplimiento no puede versar sobre la violación o amenaza de derechos colectivos, que es la finalidad de la acción popular y para lo cual se requiere del pronunciamiento judicial propio.

3. Caso concreto

Según los antecedentes del proceso y para lo que interesa a esta decisión, se adelantaron las siguientes acciones:

3.1. Acción de cumplimiento iniciada por la Federación Colombiana de Municipios contra el Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT – Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C., para que diera cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 10, 11, 136 y 164 de la ley 769 de 2002 y, en consecuencia, hiciera entrega de la relación de infractores de tránsito y se efectuara la conexión al SIMIT, la cual fue decidida favorablemente mediante sentencia del 13 de febrero de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y confirmada por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 19 de abril de 2004²², por considerar que la demandada incurrió en desconocimiento del principio de coordinación y cooperación consagrado en el art. 6 de la ley 489 de 1998, y en consecuencia ordenó que el FONDATT permitiera a la Federación *“el acceso a la base de datos con la finalidad de recaudar información sobre las multas y sanciones por infracciones de tránsito”* para lo cual la Federación debía *“enviar el personal con los recursos técnicos que dicho trámite implique”* (fls. 28-58 cuaderno 1).

3.2. Acción de cumplimiento instaurada por la Federación Colombiana de Municipios contra el Distrito Capital, la Secretaría de Hacienda Distrital, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá y el Fondo de Educación y Seguridad Vial, para que cumplieran con lo dispuesto en los artículos 10 y 160 de

²² Sección Quinta, Exp. 2003-02509-01. C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla.

la ley 769 de 2002, y se les ordenara destinar los recaudos de infracciones de tránsito percibidos dentro de su jurisdicción a los fines que la ley 769 de 2002 consagra, esto es: el 90% a planes de tránsito, educación, dotación de equipos, combustible y seguridad vial y el 10% restante, a la Federación para la administración del SIMIT.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B” dictó sentencia el 2 de marzo de 2005 (fls. 115-129 cdno. 2°) en la que declaró improcedente la acción frente al Alcalde Mayor de Bogotá D.C. por no haberlo constituido en renuencia y denegó las pretensiones de la misma, por considerar que los artículos 10 y 160 de la ley 769 de 2002 no contienen una obligación “clara, expresa y exigible” ya que no establecen en forma concreta que el cálculo del porcentaje que le corresponde a la Federación deba realizarse conforme a los parámetros señalados por el actor.

El Consejo de Estado al conocer del recurso de apelación formulado contra la decisión anterior, modificó la sentencia impugnada, en el sentido de rechazar por improcedente la acción de cumplimiento instaurada, ya que la entrega del porcentaje reclamado establecería un gasto con cargo al presupuesto del Distrito Capital, lo cual es improcedente de conformidad con el artículo 9° de la ley 393 de 1997 que impide al juez de cumplimiento ordenar la inclusión de un gasto en el presupuesto de las entidades públicas²³.

Como se narró al principio de estas consideraciones, el Tribunal confirmó la decisión del Juzgado que negó la excepción de cosa juzgada, al considerar que las pretensiones y el objeto en una y otra acción eran diferentes.

Para la Sala Plena, conforme al criterio expuesto en el acápite anterior, la decisión que se revisa no tiene reproche en cuanto determinó que no existía cosa juzgada, por lo siguiente:

²³ Sentencia del 10 de febrero de 2006; C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

Frente a la acción de cumplimiento 2003-02509, si bien se perseguía el acatamiento, entre otros, del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, lo fue con el fin de que la entidad accionada entregara la relación de infractores de tránsito y se efectuara la conexión al SIMIT, aspecto irrelevante para la pretensión de esta acción popular, cuyo fundamento fue la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa por el no giro completo del porcentaje del 10% a que se refiere el artículo 10 de la Ley 769 de 2002 para la implementación y mantenimiento del SIMIT, lo que significa que las pretensiones, aunque basadas en la misma disposición, eran diferentes.

Y menos frente a la acción de cumplimiento 2005-00093, en la que la decisión no fue de fondo al encontrar que había una causal de improcedencia conforme al parágrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997.

En este sentido, ninguna incidencia podía tener esta decisión en la que habría de tomarse en la acción popular, ya que si bien en la acción popular el argumento de la violación del derecho colectivo cuya protección se pretendía consistió en el incumplimiento del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, la no decisión de fondo sobre la observancia o no de esa disposición en la acción regulada por la Ley 472 de 1998, traía como consecuencia que lo dicho en ese proceso no tenía porque afectar o influir de manera directa o indirecta en la decisión de la acción popular, como en efecto ocurrió. En ese orden de ideas y en cuanto a este aspecto se refiere, la decisión que se revisa no amerita ser modificada.

Además, como lo ha precisado la jurisprudencia, se trata de acciones que tienen un objeto y una finalidad diferentes, por lo que su ejercicio posterior no resulta improcedente.

II. DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Coinciden el Distrito Capital, el Procurador General de la Nación y el Ministerio de Transporte en señalar que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se debe revisar en atención a que la tesis que se adoptó en ella se

aparta del criterio expuesto en copiosa jurisprudencia de esta Corporación sobre el concepto de moralidad administrativa. Manifiestan que no es posible asimilar el concepto de moralidad administrativa al concepto de legalidad; que no basta afirmar que se violó el derecho colectivo a la moralidad, sino que debe hacerse una imputación seria y concreta y probar que la conducta del funcionario estuvo alejada de los fines y principios de la administración pública. Que si la pretensión de los actores populares no era otra que lograr el cumplimiento de una ley, la acción popular no era el instrumento jurídico procedente, pues para ello está la acción de cumplimiento en donde no se requiere la prueba de que el funcionario actuó con el fin de lograr un provecho en beneficio propio o de un tercero.

Por ello, se consideró necesario seleccionar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en esta acción popular, a fin de precisar el concepto de lo que debe entenderse por el derecho colectivo a la moralidad administrativa, para lo cual se hará un recuento jurisprudencial de las sentencias más importantes que se han proferido sobre el tema, luego se emitirán las conclusiones con el propósito de fijar un criterio uniforme de la Sala Plena, para finalmente aplicarlo al caso concreto y establecer si la decisión que se revisa estuvo acorde o no al mismo y, en ese sentido, tomar las disposiciones que sean del caso.

1. Recuento jurisprudencial del concepto del derecho colectivo a moralidad administrativa.

La Constitución Política consagra la moralidad administrativa en dos concepciones, la primera como derecho colectivo amparable por la acción popular, como lo establece el artículo 88 al disponer: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella [...]” y la segunda como principio de la función pública, cuando menciona en el artículo 209 que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de

funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Sin embargo, el concepto no fue definido constitucional ni legalmente, de ahí que ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado la que ha ido construyendo una noción que más se aproxime a lo que jurídicamente se debe entender por el derecho colectivo de que se habla.

En la sentencia del 18 de mayo de 2000 (Exp. AP 024) se mencionó que el concepto de moralidad administrativa debía entenderse “según la doctrina, como el desenvolvimiento del servidor público dentro de auténticos propósitos de servicio público, con toda **honestidad y desinterés y con absoluto respeto a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones** (Diego Younes Moreno, Curso Elemental de Derecho Administrativo, Cuarta Edición, Ediciones Gustavo Ibáñez, página 32)”²⁴ (negritas fuera del texto).

Luego en sentencia del 9 de febrero de 2001, la Sección Cuarta, con fundamento en la definición de moral plasmada en el fallo de la Corte Constitucional No. T-503 de 1994, hizo las siguientes consideraciones:

“[...] la Sala, ha dado en definir la moralidad administrativa como el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado...”

*“Lo anterior facilita evidentemente la labor de determinar si cierta conducta dentro de la Administración es o no inmoral y **obedece al interés supremo que envuelve el ejercicio de la función pública en cualquier orden: el interés general, pues la actividad del Estado debe ser transparente** dado que los asociados han depositado en este*

²⁴ Sección Primera, C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ente, en todos sus órdenes, la confianza de que a través suyo pueden y deben desarrollarse en toda su dimensión personal, familiar, social y colectiva.

Esa transparencia implica, entre otros aspectos, **el impecable manejo de los bienes y dineros públicos en beneficio de todos**, y si todos somos los beneficiarios y por qué no, si constitucionalmente se tiene el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad (artículo 95 ib), uno de los derechos correlativos es el de reclamar la debida transparencia en su manejo, puesto que es elemental que repugne a los asociados no sólo que se haya defraudado su confianza, sino que se hayan malversado sus fondos, porque suyos y para su beneficio son”²⁵.

Este impecable manejo de los bienes y dineros públicos como uno de los elementos del concepto de moralidad administrativa, fue concebido también en el pronunciamiento de la Sección Cuarta del 20 de abril de 2001, cuando precisó:

*“En efecto aunque el derecho o interés colectivo a la **moralidad administrativa** no se encuentra definido en la Ley 472 de 1998, pues el legislador al desarrollar las acciones populares y de grupo, sólo reconoció su carácter de derecho colectivo (artículo 4°), en los antecedentes de esta ley al precisar como derecho colectivo “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”, se consignó la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso N°277 de septiembre 5/95 pág. 1).*

Lo expuesto permite afirmar que, la **moralidad administrativa** entre otros, **persigue el manejo adecuado del erario público y en general**

²⁵ Exp. AP-054; C.P. Dr. Delio Gómez Leyva.

que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente”²⁶.

La Sección Tercera en sentencia del 16 de febrero de 2001²⁷, relacionó el concepto de moralidad administrativa con la corrupción, al señalar:

*“La corrupción administrativa se ha convertido en una preocupación social que se refleja en la producción de normas que intentan contrarrestar sus efectos nocivos para el bien común. Tales normas, por supuesto, suponen una intervención jurídica en los campos de la moral, lo cual es per se complejo, dado que **la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública**, sino que se trata de una fenomenología de contracultura que se filtra en el tejido social, viciando las relaciones entre los administradores y los administrados; **se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio**”²⁸.* (Negrillas fuera del texto).

En la misma providencia, también se refirió a la moral como principio constitucional y al papel del juez para su aplicación teniendo en cuenta que es un principio y, por ende, de textura abierta, sobre lo cual precisó:

“...

Por otra parte, debe advertirse que, en la medida en que, los principios ejercen un papel constitutivo del orden jurídico, todos ellos deben

²⁶ Exp. 2000-0121; C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

²⁷ Exp. AP-170; C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción política y económica: Anotaciones para el desarrollo de su estudio. En La Corrupción: Aspectos jurídicos y económica. Editorial Ratio Legis. Salamanca, 2000. P 17.

coexistir, por lo cual se relacionan íntimamente entre sí, de manera que la necesidad de que todos existan hace que ninguno de ellos sea absoluto pues, de no ser así, se excluirían unos a otros. En ese sentido, es probable que la protección de uno de ellos suponga, a la vez, la protección de otro diferente, sin que pueda concluirse que son idénticos.

En el caso de la moralidad administrativa es posible que se pretenda su protección por medio de la protección del principio de legalidad. Ello no quiere decir que, necesariamente todo lo legal contenga una protección a la moral, ni que todo lo ilegal sea inmoral.

Por ello, debe anotarse que siempre que se encuentre comprometida la moralidad o cuando su protección sea el móvil de la demanda, sin importar que se comprometan principios distintos, el juez de la acción popular debe estudiar el caso colocando la idea básica del principio de moralidad administrativa ante la regla que rige el caso específico, para saber si ésta lo ha concretado. Si es así, deberá evaluar, además, cuál es la reacción que, según el alcance que obtenga el principio en la regla específica, amerita el caso concreto, a fin de establecer el sentido de la decisión por adoptar y su contenido mismo". (Negrillas fuera del texto).

Siguiendo la misma línea sobre el papel del juez al estudiar el concepto de moralidad administrativa, la Sección Tercera, en la sentencia del 24 de agosto de 2005, precisó aún más que la determinación de este concepto no podía depender de la concepción subjetiva de quien calificaba la actuación y aproximó la moralidad administrativa a la desviación de poder, como un presupuesto válido para entender el móvil del actuar del funcionario²⁹, al señalar:

²⁹ Exp. 2004-00601, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

*“Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada³⁰, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, **ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.***

La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: “a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza³¹”

Y aunque ya la jurisprudencia había considerado que la moralidad administrativa iba de la mano de la legalidad, precisando, sin embargo, que no todo lo ilegal es inmoral, o que la corrupción no era la mera contradicción con la ley, se empieza a mantener el criterio de que no es suficiente aducir como fundamento de la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa una actuación ilegal, sino que existe la necesidad de que el actor popular cumpla con la carga procesal

³⁰ Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, Exp. AP 059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y AP-170 de 2001.

³¹ Ídem.

de definir el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, con acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad. De no ser así, la jurisdicción no podría revisar la actuación a través de la acción popular, en la medida en que ésta no es procedente para la protección de derechos o principios que no pertenecen al rango de colectivos, como lo es el principio de legalidad. Dijo así la Sección Tercera en la sentencia del 24 de agosto de 2005, a que se ha venido aludiendo:

“El actor señaló como vulnerado el derecho a la moralidad administrativa, violación que considera se configura con la realización de un trámite administrativo que a su juicio se ejecutó de manera ilegal, supuesto que por sí solo no resulta suficiente para menoscabar el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

*En efecto, la moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, **no toda violación al principio de legalidad, lleva consigo necesariamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.***

Es menester escindir la violación al principio de legalidad cuya protección es ajena a la acción popular y propia de las acciones ordinarias, de la vulneración a la moralidad administrativa, esta si pasible de protección a través de este mecanismo procesal.

*Con este propósito es importante precisar que en veces **la violación al principio de legalidad**, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, **puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad***

administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio.

Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y **corresponde al accionante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad.**

(...)

“Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración. Esa prueba se echa de menos.” (Subrayas fuera de texto). ³²

Se evidencia entonces, que si bien el principio de legalidad puede subsumirse en el concepto de moralidad administrativa, son sustancialmente diferentes, en tanto este último concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa. Así, **el medio procesal para la protección de este derecho colectivo será la acción popular, en tanto que el del principio de legalidad será la acción de nulidad.**

En síntesis, los cargos que se imputen en la demanda deben ser fundados en conductas que no solo se alejen de la ley, sino que deben ser acompañados de señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración como lo

³² Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. AP-2305.

serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones y los elementos probatorios de tal aspecto, no debe ser tramitada a través de esta acción...”³³.

Siguiendo el mismo lineamiento del pronunciamiento anterior, la Sección Tercera, mediante sentencia del 7 de junio de 2006³⁴, precisó como primer aspecto fundamental, en el estudio de este derecho colectivo, que la moralidad no era sinónimo de legalidad y que confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la administración implicaba necesariamente negar la existencia del primero, “dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de legalidad, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección”.

También en consonancia con la sentencia del 24 de agosto de 2005, esta sentencia señaló, como segundo aspecto fundamental, que la moralidad no era un concepto eminentemente subjetivo, en la medida en que, bajo el concepto de Estado Social de Derecho, no era razonable pensar que cada juez pudiera juzgar la actividad administrativa bajo el exclusivo parámetro de su propia y personal concepción de la moralidad.

Así mismo, hizo una importante clasificación al referirse a los diferentes ángulos desde los cuales el Consejo de Estado había abordado la moralidad administrativa, así:

“i) Acudiendo al **método histórico** se hace relación a los antecedentes de la ley que regula la acción popular, para poner de presente que en uno de los proyectos se definía expresamente la moralidad

³³ Exp. 2004-00601, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁴ Exp. 2003-01069, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

administrativa en los siguientes términos: "Se entiende por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario".³⁵

ii) Desde una **perspectiva teleológica**, se dice que la determinación de lo que debe entenderse por moralidad ha de referirse a la finalidad que inspira la actividad de la administración (acto, contrato³⁶, omisión, etc.). Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder³⁷.

iii) Desde su **acepción constitucional**, se destaca que la moralidad 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 diligencia, cuidado, absoluta transparencia, pulcritud y honestidad³⁸.

iv) Frente al **carácter de derecho colectivo** de la moralidad administrativa, se ha destacado que: a) debe concretarse en cada caso de conformidad con los principios de la sana crítica; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador, de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros

³⁵ Sección primera, consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia AP-0007 de 20 de junio de 2002. en el mismo sentido: Sección primera, consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia ap-0446 de 24 de octubre de 2002, actor: Jorge Alberto Javier Correal, demandado: Lotería del Meta.

³⁶ De acuerdo con el estatuto de contratación, los fines de la contratación estatal implican que, con ella, los funcionarios deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas. art. 3° ley 80 de 1993.

³⁷ Consejo de Estado, Sección tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, sentencia AP-518 del 31 de octubre de 2002, actor: Jesús Orlando Mejía Yepes, demandado: Empresa Licorera de Nariño y otros.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994.

derechos de la misma naturaleza³⁹.

v) Una característica general del tratamiento jurisprudencial del tema es **asociarlo a la defensa del patrimonio público⁴⁰ y a la lucha contra la corrupción administrativa**. En efecto, se ha sostenido que el tema de la moralidad administrativa implícitamente hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente con la idea de degradación: la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral. En consecuencia, cuando tal degradación obra sobre los valores que soportan la función administrativa, el ordenamiento jurídico debe proveer a la sociedad de mecanismos para erradicar las conductas corruptas del escenario de las relaciones administrativas⁴¹.

vi) Se ha entendido la moralidad administrativa como **“el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado**, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr una convivencia libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social”⁴².

vii) En reciente fallo se ha destacado el tema de la **antijuridicidad de la conducta o de la omisión, como determinante en el análisis de la moralidad administrativa**. En efecto, se ha señalado que “la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse **antijuridicidad**, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su

³⁹ Sentencia AP-518 cit.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sentencia AP-446 cit.

⁴¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez, Sentencia AP-170 del 16 de febrero de 2001, Actores: Epaminondas Moreno Parrado y otros.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva, sentencia AP-054 del 9 de febrero de 2001, actor: Olga Virginia Yepes Fonseca.

*cargo*⁴³”.

Pero, finalmente, concluyó que bajo ninguna de las anteriores acepciones se podía establecer, en el caso que se estudiaba, la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues **no obraba ninguna prueba en el expediente de la que pudiera inferirse que las entidades públicas accionadas hubieran actuado de manera antijurídica y corrupta**, con intención manifiesta de vulnerar sus deberes o que con una finalidad torcida, hubiesen omitido iniciar la actuación administrativa y tomar las decisiones correspondientes⁴⁴. Es decir, reafirmó el criterio que ya se había expuesto en relación con la carga procesal del actor de hacer las imputaciones directas en la demanda y demostrar los actos inmorales o incorrectos del servidor público a quien se le endilga la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Así mismo, en sentencia del 12 de octubre de 2006, la Sección Tercera mantiene su criterio no solo del vínculo del principio de moralidad administrativa con la desviación de poder, sino de la necesidad de que el actor popular cumpla con su carga procesal y probatoria, en la demanda, de hacer las imputaciones concretas de la transgresión y del actuar impropio del transgresor, acompañado del soporte probatorio pertinente, para que la jurisdicción pueda entrar a analizar la vulneración de este derecho colectivo⁴⁵.

La delimitación del concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo, al ejercicio de la función administrativa, excluyendo cualquier referencia al concepto de moral en el sentido filosófico o religioso, es precisada por la Sección Tercera en la sentencia del 21 de febrero de 2007⁴⁶, al considerar:

“Dentro de ese contexto se ha de entender que para efectos de los derechos colectivos y las acciones populares, el espíritu de la norma no

⁴³ Sentencia del 6 de octubre de 2005, AP 2214, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁴ Ídem 41.

⁴⁵ Exp. 2004-00932, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁶ Exp. 2005-00355; C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

es la referencia al concepto de moral en el sentido filosófico o religioso, sino a una expresión acorde con la realidad del ejercicio de la función administrativa, de ahí que el derecho colectivo se circunscriba a la “moralidad administrativa”, como manifestación del lenguaje del derecho, así, se dice que el derecho es un concepto cultural o un valor jurídico que supone estar trasuntado por la moral y la ética⁴⁷, el valor jurídico o cultural permite calificar la conducta como buena o mala dependiendo de lo que es plausible para la vida humana en común, mientras que el valor moral es bueno o malo en términos puros o absolutos.

En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa”.

Fácilmente se evidencia en esta providencia la coexistencia ineludible del elemento objetivo (acción u omisión que se acusa de inmoral dentro del desempeño público o administrativo, instituido como una norma jurídica) junto al elemento subjetivo (desviación del interés general del funcionario que quebranta la norma jurídica) para el análisis del derecho colectivo en estudio.

De otra parte, la sentencia del 30 de agosto de 2007, proferida por la Sección Tercera⁴⁸ hace una relación de los aspectos en los que se materializa la moralidad administrativa, vinculándolo no solo con la legalidad y los principios generales del

⁴⁷ “La ética debe ser una condición del mundo, al igual que la lógica” RAY MONK, Wittgenstein, Ludwig, editorial Anagrama, Barcelona, 2ª ed. 1997, pág. 144.

⁴⁸ Exp. 2004-00009; C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

derecho, sino con puras actuaciones materiales con las cuales también se puede amenazar o violar la moral administrativa, así:

“2.3.6.1. Moralidad y legalidad. Criterio riguroso de moral administrativa. La jurisprudencia de esta Sección ha sostenido, en múltiples fallos que reiteran la misma posición, que la moralidad administrativa guarda una estrecha relación con la legalidad concreta, es decir, que se atenta contra ella si se viola, a su vez, la ley o el ordenamiento jurídico en general.

No obstante, también se tiene dicho, a manera de precisión, que no toda violación al ordenamiento jurídico implica la vulneración de la moralidad administrativa, porque no siempre las normas involucran un principio o deber moral en su interior.

[...]

2.3.6.2. La moralidad también se afecta cuando se vulneran los principios generales del derecho. Criterio ampliado de moral administrativa. La anterior posición fue recientemente flexibilizada por esta Sala, avanzando un poco más en la protección del derecho colectivo, abriendo el concepto de moralidad, para relacionarlo, ahora, con la violación a los “principios generales del derecho”.

De esta manera, la legalidad pura y simple deja de ser el comienzo y el fin de la moralidad administrativa, el lugar en el cual se recoge en forma completa, para convertirse en uno de los espacios a través de los cuales se expresa la moralidad.

Los principios se convierten en uno de los criterios de control de la protección de la moralidad, de manera que se pasa de observar si un mandato concreto ha sido violado por una acción u omisión de una

entidad estatal, o de un particular en ejercicio de una función pública, para apreciar si un principio se ha desconocido, y con él se viola, a su vez, la moralidad administrativa. Esta posición se insinuó, en los siguientes términos, en la sentencia de junio de 2001 -exp. AP 166 de 2001-. [...]

...

2.3.6.3. La moral administrativa más allá de la legalidad pura y simple. *Criterio extenso de moral pública. Si bien el anterior criterio hace evidente el esfuerzo por abrir más el concepto de moral administrativa, para abarcar toda la riqueza conceptual que contiene, en todo caso subsiste la necesidad de penetrar más su alcance, hasta comprender, plenamente, los contornos a que debe llegar la protección a este derecho.*

En este sentido, no se desconoce que una de las más importantes técnicas de identificación del contenido concreto de la moral administrativa, pero también la más simple y sencilla, es la verificación de la observancia de las normas jurídicas, portadoras, en muchas ocasiones, de valores morales. Sin embargo, este derecho colectivo no lo puede reducir el juez a esta condición, so pena de comprimir su riqueza material.

[...]

De esta manera, deberá ocurrir que la trampa, la astucia, el engaño político, la mentira, el desorden y otras formas de acción u omisión de tinte inmoral, que no siempre dan al traste con la legalidad material o formal de una actuación estatal, deben reconducirse a través de las acciones populares. En este sentido, el mal comportamiento bien puede afectar la moral, sin afectar la legalidad, debiendo el juez popular

corregir el comportamiento moral del Estado y sus funcionarios⁴⁹. Entre otras cosas, porque no puede creerse que siempre el acto controlado por medio de la acción popular es un contrato o un acto administrativo - susceptibles de confrontarse contra las normas positivas-, pues es claro que las puras actuaciones materiales también pueden amenazar o violar la moral administrativa.

El análisis racional, los principios jurídicos y los valores señalan a la administración lo que es correcto e incorrecto, de la manera aceptada por la sociedad, para lo cual el juez deberá verificar ese comportamiento, hasta determinar si vulnera la moralidad administrativa, sin temor a que esta actitud produzca un desorden social en los valores; por el contrario, debe afianzarlos y asegurarlos.

[...]

En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva -la Constitución, la ley, los reglamentos, y en general o cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-; lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas [...] Finalmente, iii) 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

⁴⁹ Tal es el caso en el cual una entidad pública no respete el derecho de turno en la atención de asuntos o personas a su cargo, y que lo alterara su arbitrio. Si no hubiera norma que regulara el tema –hoy en día algunas tratan el asunto, a propósito de aspectos concretos- el positivismo diría que no se afecta la moralidad pública; pero desde la perspectiva ética no cabría duda que este tipo de comportamiento requieren corrección, desde la óptica social, pues tal estado de cosas atentan contra el debido comportamiento que se debe ofrecer a los ciudadanos.

distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública.

[...].”

Posteriormente, en sentencia del 1 de octubre de 2008⁵⁰, la Sección Tercera reitera que el derecho colectivo a la moralidad administrativa fue consagrado como un tipo normativo de textura abierta, sin embargo, su determinación no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con el ordenamiento jurídico, en atención a que es un principio de la función administrativa. Así mismo, insiste en la estrecha vinculación que existe entre este principio y la desviación de poder.

En posición contraria al fallo del 30 de agosto de 2007, la Sección Tercera reitera que “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 [...] 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”⁵¹.

⁵⁰ Exp. 2004-01856. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2008, rad. 5400123310002004 (AP-01415) CP Ramiro Saavedra Becerra.

Posteriormente, la Sección Tercera precisó que los supuestos que deben darse para que el derecho colectivo a la moralidad administrativa resulte vulnerado o amenazado⁵², son: (i) en primer lugar la existencia, comprobada, de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Tales bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros. Su real afectación se verifica con la prueba del acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, por el desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación; (ii) en segundo término, el quebrantamiento del principio de legalidad. Es un presupuesto indispensable, pero no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa; y (iii) “el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero”⁵³, noción que sin duda se acerca a la desviación de poder⁵⁴.

Más recientemente sobre el tema de la moralidad administrativa la Sección Tercera dictó sentencia unificada de 2 de diciembre de 2013, M.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, rad. AP 2005-02130-01, en la cual se fijaron pautas que luego fueron replicadas en diversos fallos, tales como el del 27 de marzo de 2014, rad. 2010-02404-01, y del 29 de agosto de 2014, rad. 2011-00032-01.

2. Conclusiones

Toda la jurisprudencia del Consejo de Estado previamente transcrita ha sido coherente en el propósito por aproximarse al concepto de moralidad administrativa como derecho colectivo y cada una ha efectuado sus aportes en aras de que tanto el que acude a la acción popular para la protección de este derecho colectivo,

⁵² Sentencia del 8 de junio de 2011, Exp. 2005-01330; C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2005. Expediente AP-03113. *“En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa”*.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Exp. AP-2305- 01. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, Exp. AP-2214. C.P.: Ruth Stella Correa.

como el juez que la decide, cuenten con elementos que son necesarios y pertinentes a efectos de instaurar una acción procedente, el uno, y abordar el análisis de la vulneración aludida, el otro, ambos dentro de un contexto enmarcado en ciertos presupuestos que permiten, además de otorgar una uniformidad en la concepción de este derecho, dar seguridad jurídica a las decisiones.

En este sentido y dada la textura abierta de la consagración constitucional y legal es claro que no se puede pretender una definición exacta de moralidad administrativa, pues ello además de ser una labor compleja en cuanto tendría que abarcar de manera rigurosa los supuestos de conducta humana atentatorios de este derecho, con el peligro de que escape a esa definición alguno en especial, es difícil conceptualizar jurídicamente un aspecto del comportamiento humano que es guiado por un entorno axiológico tan amplio, como tan amplio es el concepto de “moral”.

Sin embargo, esta construcción conceptual elaborada en gran parte y de manera analítica, detallada y coherente, permite hablar del derecho colectivo a la moralidad administrativa desde las siguientes temáticas, las cuales se presentan con el ánimo de efectuar una consolidación conceptual y de esta manera cumplir con el propósito del mecanismo excepcional de revisión. La aproximación a la conceptualización del derecho colectivo en estudio está en consonancia con la preocupación de que la determinación de su transgresión no puede depender de la idea subjetiva de quien califica la actuación, en la medida en que se está frente a un concepto jurídico indeterminado.

En efecto, sobre el papel del juez al analizar el concepto de moralidad administrativa, es importante que la determinación de su vulneración, o no, no dependa de la concepción subjetiva de quien deba decidir, sino que debe estar relacionada con la intención o propósito que influye el acto frente a la finalidad de la ley. En esa dirección y para la comprensión del motivo del actuar del funcionario, sirven como parámetros la desviación de poder; el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa; la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal; la conducta antijurídica o dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función.

Se trata entonces de una concepción finalista de la función administrativa, siempre reglada y de la que siempre se espera esté al servicio del interés general y para el cumplimiento de los fines del Estado.

Tales temas son:

2.1. La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho administración y administrados, es decir, la comunidad en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo hagan guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Así las cosas, el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones.

2.2. Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular:

2.2.1. Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.

(i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública.

Esta conexión “moralidad - legalidad” no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento *per se* no implica la violación al derecho colectivo: en palabras de la misma Corporación “no se puede colectivizar toda transgresión a la ley”. Esto quiere decir, que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

(ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico Colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa.

Aparte de estas dos manifestaciones, han existido pronunciamientos en los que se ha incluido como medio amenazante, o vulnerante de este derecho, cualquier acción material del Estado o sus agentes, que no implicara transgresión a la ley o a un principio general. Se consideró que no siempre el acto controlado por medio de la acción popular era un contrato o un acto administrativo -susceptibles de confrontarse con las normas positivas- pues las puras actuaciones materiales también podían amenazar o violar la moral administrativa.

Esta concepción no mantuvo un criterio pacífico al interior de la Corporación. Quienes no compartieron esta nueva tesis cuestionaron la vaguedad e imprecisión de la noción. Indicaron que la moralidad que se protege como derecho colectivo debía estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que fuera susceptible de protección por esta vía.

En decisiones posteriores se señaló 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. Afirmaron que era la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilitaba que su infracción fuera sancionada.

La Sala Plena no desconoce que existen otros espacios donde tiene manifestación la moralidad, pero tratándose de la **moralidad administrativa**, la discusión surge al precisar en qué campo se expresa su violación, si es en el ámbito meramente personal del servidor como miembro de una sociedad o en el ámbito de la función administrativa, que es reglada. Si es en el primero, sería complejo determinar si puede darse la violación del derecho colectivo, en la medida en que éste está íntimamente ligado al ejercicio de la función pública, pero que, sin embargo, existe una regulación normativa que sigue al servidor aún por fuera del ejercicio de sus funciones administrativas. Si es en el segundo campo, se piensa que podría darse la violación del derecho colectivo teniendo una fuente extranormativa, en la medida, a título de ejemplo, en que no exista una regulación sobre alguna materia y el funcionario amparado y aprovechándose de ese “vacío normativo” actúe de

manera desviada o deshonesta, con el convencimiento de que no se le podrá imputar violación a la ley.

Sin embargo, lo hipotético del asunto impide a la Sala adoptar una posición definitiva al respecto, por cuanto este caso no ofrece elementos de juicio que permitan llegar a una conclusión sobre este aspecto. Por el momento, y atendiendo el asunto que se debate, la Sala sólo atenderá como manifestaciones de quebrantamiento del ordenamiento jurídico la violación del principio de legalidad y de los principios generales del derecho.

2.2.2. Elemento subjetivo

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.

2.2.3. Imputación y carga probatoria

Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.

En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde, no sólo por así disponerlo el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, sobre contenido de la demanda, o el artículo 167 del Código General del Proceso, sino porque tratándose del derecho colectivo en estudio, donde debe ineludiblemente darse la concurrencia de los dos elementos anteriormente señalados, su imputación y prueba, junto con el impulso oficioso del juez, limita eficazmente que la acción popular sea utilizada inadecuadamente como medio judicial para resolver un juicio de simple legalidad y otorga todos los elementos necesarios para que el juez ponga en la balanza los supuestos jurídicos, fácticos y probatorios que lo lleven al convencimiento de que la actuación cuestionada estuvo bien justificada y no fue transgresora del derecho colectivo o que, por el contrario, se quebrantó el ordenamiento jurídico y de contera se vulneró la moralidad administrativa.

La imputación que se haga en la demanda y la actividad probatoria del actor popular cobra especial importancia, porque le proporciona al juez un marco concreto para fijar el litigio y desarrollar el proceso con el fin último de hacer efectivo el principio constitucional con el que debe cumplirse la función pública.

En efecto, el cumplimiento de este presupuesto permite que el juez popular tenga la seguridad de que está castigando realmente las conductas desviadas o deshonestas de los servidores en el ejercicio de sus funciones, al tiempo que está protegiendo o restableciendo el derecho que tienen los administrados a que la función pública se desarrolle conforme lo ha querido el constituyente.

Por ello, la concurrencia de estos presupuestos garantiza que al momento de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa el juez cuente con todos los elementos fácticos, debidamente probados, sobre los cuales

calificará si la conducta del servidor es reprochable moralmente o no, según las alegaciones de las partes.

Lo anterior significa la concreción de la institución jurídica del debido proceso. De no ser así se estaría juzgando a la administración por violación a la moralidad administrativa sin las formas propias del juicio de acción popular, en el que para su prosperidad se requiere la concurrencia de los elementos subjetivo y objetivo y el tercer presupuesto, no menos importante, consistente en la acusación y prueba tanto del primero como del segundo.

3. Del caso concreto

Para establecer si en el presente caso se cumplieron los presupuestos para la configuración de la violación del derecho colectivo a la moralidad pública, la Sala verificará cómo fueron planteados los cargos de la demanda y cómo se fundamentó la imputación, para a partir de allí observar si la decisión se ajustó a derecho.

En este asunto, los cargos imputados a la entidad demandada se fundaron en el desconocimiento de la ley, sin que se haya, siquiera, mencionado, menos argumentado fáctica y probatoriamente, un comportamiento del funcionario contrario a los fines y principios de la administración, es decir, antijurídico, deshonesto o corrupto. Así se resalta en algunos apartes de la demanda:

“Hasta la fecha el DISTRITO CAPITAL no ha sabido explicar dónde están los dineros que corresponden al diez por ciento (10%) de que habla el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, como tampoco ha justificado razonablemente el porqué de su negativa a efectuar el pago.

[...]

Consideramos que en el caso sub lite el DISTRITO CAPITAL [...] FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS Y MINISTERIO DE

TRANSPORTE TRANSGREDEN el derecho colectivo a la moralidad administrativa previsto en el literal b) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, al no adoptar los mecanismos necesarios para que el diez por ciento (10%) que por multas de tránsito impuestas a los infractores de tránsito del DISTRITO CAPITAL, sean enviados a sus arcas para administrar el Sistema Integrado de Información sobre las Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito, cuyo fin del sistema es mejorar los ingresos de los municipios”.

Más adelante afirma:

“Conforme a lo establecido por el legislador en el aludido artículo 10 de la Ley 769 de 2002, el Sistema Integrado de Información sobre las Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito, tiene como finalidad la de contribuir al mejoramiento de los ingresos de los municipios, en consecuencia, se transgrede el derecho a la moralidad administrativa cuando se desconoce la voluntad del legislador al no dar cumplimiento a su mandato consignado en la ley, tal y como acaece con el DISTRITO CAPITAL, a través de su Secretaría de Hacienda y Movilidad, que se niegan a hacer los aportes que el imperio de la norma les ordena”.

Y finaliza manifestando:

“Es por ello, que en aras de proteger el derecho colectivo de la moralidad administrativa, es reprochable por parte del DISTRITO CAPITAL, LA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS y el MINISTERIO DE TRANSPORTE, que no se disponga de lo pertinente para girar estos dineros y así fortalecer el Registro Público de Infractores de Normas de Tránsito, que sirve para fortalecer el recaudo

de multas y de contera mejorar la seguridad vial y los planes de tránsito⁵⁵”.

Como quiera que en este caso la demanda no cumplió con la carga de efectuar las imputaciones serias de la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, no solo por la violación a la ley, sino aquellas referidas a la conducta desviada y deshonesta del funcionario que debía cumplir la ley y que dicha conducta puso en peligro o causó la violación del derecho colectivo, no procedía el estudio de la acción popular para hacer un análisis exclusivo del principio de legalidad. En efecto, no era posible circunscribir el caso a la simple y pura violación de la ley, sin verificar la afectación material del derecho a la moralidad administrativa, como ocurrió en este caso, que, mediante el estudio aislado del principio de legalidad, la sentencia que se revisa encontró transgredido el derecho colectivo, no solo desconociendo el precedente jurisprudencial uniforme sobre el tema, sino desnaturalizando la acción popular en cuanto a su objeto y razón de ser.

Así se puede leer en los siguientes apartes de la decisión:

“Para evaluar que la función administrativa cumpla con dichos principios, entre los que se encuentra la moralidad administrativa, se debe examinar el caso concreto y sopesar la vulneración de éste derecho colectivo, concluyendo que implica que una conducta cuestionada transgrede el ordenamiento jurídico.

Esa valoración de un principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibídem), tiene que apuntar a que lo que se entienda por moralidad administrativa no dependa de la apreciación subjetiva de quien califica la actuación de unos funcionarios, sino que a su juicio se ajuste a la finalidad que la ley le asigna al comportamiento de quienes ejercen función pública, finalista por mandato de los artículos 2° de la Constitución Política y el C.C.A., y 4° de la Ley 489 de 1998.

⁵⁵ Fls. 5, 6, 8 y 13 del cuaderno 1.

En consecuencia, la actuación administrativa se considera que no cumple con los principios que rigen la función pública, si va en contravía de los intereses de la comunidad y del desarrollo de las funciones asignadas a las autoridades públicas para el cumplimiento de los cometidos estatales, independientemente de si la actuación estuvo regida por el principio de la buena fe”.

[...]

Es del caso precisar que si bien es cierto que la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, se deriva, en gran medida del incumplimiento de la ley, también es cierto que reconocer tal circunstancia no desnaturaliza la acción popular, cuyo objeto en el caso sub-lite se circunscribe a la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, para lo cual no está concebida la acción de cumplimiento.

*La destinación específica hecha por la ley del 10% del recaudo por multas y sanciones de tránsito, implica que ese porcentaje no puede ingresar a los fiscos territoriales para ser aplicado en los planes de tránsito, educación, dotación de equipos, combustible y seguridad vial, lo que resulta concordante con lo establecido en el artículo 160 de la Ley 769 de 2002, al establecer que "...De conformidad con las normas presupuestales respectivas, el recaudo por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, se destinará a planes de tránsito, educación, dotación de equipos, combustible y seguridad vial, salvo en lo que corresponde a la **Federación Colombiana de Municipios ...**".⁵*

De conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, se verifica que de acuerdo con la certificación expedida por el representante legal de la Federación Colombiana de Municipios, del 29 de octubre de 2008, el Distrito Capital no ha efectuado transferencias a la Federación en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, por recaudo interno ni por el recaudo realizado por fuera de la ciudad, que tiene contratado el distrito con algunas entidades financieras (fol. 49, cuaderno 3).

La no entrega del respectivo porcentaje por parte del Distrito Capital es aceptado, de manera tácita, en el oficio suscrito por la Directora Jurídica Distrital y Subdirector de Gestión Judicial de la Alcaldía Mayor de

Bogotá, obrante a folios 1 a 26 del cuaderno No.4, pues consideran que el porcentaje establecido en el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, a favor de la Federación Colombiana de Municipios procede únicamente cuando el recaudo se efectúe por intermediación de la federación.

[...]

La negativa anterior de entregar el 10% del recaudo de multas y sanciones de tránsito obedece a una interpretación errada del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, y porque no decirlo forzada, en cuanto condiciona arbitrariamente el pago del porcentaje a la intermediación del SIMIT en el recaudo de las multas y sanciones por infracciones de tránsito, apartándose, a sabiendas y obstinadamente, de un claro mandato legal”.

Y más adelante afirma:

“[...] el no pago del porcentaje de que trata el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, en que ha incurrido el distrito capital, hecho que reconoce y no corrige, contraría el interés general, fin esencial del Estado, para cuyo cumplimiento se debe ejercer la función pública, con fundamento en sus principios orientadores, entre los cuales se encuentra, la moralidad administrativa, que además es un derecho colectivo, susceptible de ser protegido mediante la acción popular”.

En efecto, la postura adoptada por el Tribunal fue la de considerar que el concepto de moralidad estaba limitado a la verificación del cumplimiento de una norma jurídica, aspecto que *ab initio* fue proscrito por la jurisprudencia de la Corporación como único elemento determinante de la vulneración de ese derecho colectivo, dejando de lado, además porque la demanda tampoco lo invocaba, el estudio del comportamiento apropiado o no, correcto o no, desviado o no, en otras palabras ético o no, del funcionario sobre el cual recaía la obligación consagrada en el artículo 10 de la Ley 769 de 2002.

Ahora bien, ese estudio que se echa de menos no lo subsanan las argumentaciones que se hicieron en torno a la conveniencia o no de la

interpretación del artículo 10 de la Ley 769 de 2002 por parte del Distrito Capital, como lo hizo el juzgado de primera instancia, al referirse a las bondades del sistema de información de multas para la seguridad en las vías nacionales y su relación con la paz de los colombianos como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Se observa que en ninguno de sus acápites hizo referencia a aquellos elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la Administración, tales como conductas incorrectas o deshonestas del funcionario que tenía el deber de pagar el porcentaje establecido en la mencionada disposición, y sin probarse la conducta desviada de ese servidor por la intención de favorecer intereses propios o de terceros, concluyó:

“De ahí que el Distrito Capital por ser la capital de Colombia estaba llamado a dar ejemplo en posibilitar la configuración y funcionamiento de un sistema que permite detectar en tiempo real y hacerle seguimiento por todo el territorio nacional a aquellos infractores de la ley de tránsito terrestre, que hoy, por la falta de colaboración y armonía entre el ente privado que cumple una función por mandato expreso de la ley FCM (sic) y el Distrito Capital se han refugiado en la capital, hasta llegar acumular por sanciones a la Ley 769 de 2002 una vergonzosa deuda que denota incuria, ineficiencia, indolencia y poco aprecio por el patrimonio público nacional⁵⁶”.

Y más adelante expresó:

“Así las cosas, tras realizar un examen sistemático y teleológico de las normas relevantes al caso, como también a la conducta desplegada por el Distrito Capital su comportamiento es digno de todo reproche constitucional y legal, porque la accionada desacató un mandato imperativo, expreso y claro, cuya inteligencia, contenido y dirección para su aplicabilidad había sido dada por autoridades judiciales límites como la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado como cuerpo

⁵⁶ Fl. 643 del cuaderno 1.

supremo consultivo del gobierno para todo tipo de asuntos de la administración⁵⁷”.

De acuerdo con lo anterior, el análisis efectuado en el fallo de primera instancia recayó primero en el principio de legalidad y luego en el desconocimiento de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sobre los cuales dijo que “constituyen criterios autorizados que en lo esencial y en lo atinente al caso sub examine comparte plenamente este Despacho, por cuya virtud jurídicamente se concluye que el Distrito Capital tenía el deber constitucional y jurídico de hacer las transferencias de ley desde el día en que entró en vigencia la ley a fin de proteger derechos e intereses colectivos de los connacionales como la seguridad, el patrimonio público y la moralidad administrativa”⁵⁸. Pero no estableció ni determinó el otro elemento fundamental de configuración de la transgresión al derecho colectivo a la moralidad administrativa, como es el elemento subjetivo, en los términos que se dejaron precisados.

Así mismo, señaló que igual reproche se hacía al Ministerio de Transporte por expedir especies venales al Distrito no obstante no estar a paz y salvo con el SIMIT, incurriendo en violación de la prohibición consagrada en el parágrafo del artículo 18 de la Ley 1005 de 2006⁵⁹, que modificó el Código Nacional de Tránsito Terrestre (Ley 769 de 2002) lo cual fue confirmado por el Tribunal al considerar: “Sin embargo, esta obligación ha sido desacatada por parte del Ministerio, en consideración a que los rangos y series de especies venales (placas de vehículos y motos, licencias de tránsito, licencias de conducción y certificación de movilización) son asignados al organismo de tránsito del Distrito Capital, con fundamento en el reporte de información y legalización remitido por ese organismo [...] Así las cosas, resulta evidente que el desconocimiento de la norma por parte

⁵⁷ F. 653 del cuaderno 1.

⁵⁸ Fl. 645 del cuaderno 1.

⁵⁹ ORGANISMOS DE TRÁNSITO. El Ministerio de Transporte, fijará las pautas a las cuales se deben sujetar los organismos de tránsito, para su funcionamiento.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional, determinará el régimen de sanciones aplicables a los organismos de tránsito, en un plazo no mayor de noventa (90) días calendario, después de sancionada esta ley.

De todas maneras no se autorizará trámite de especies venales a los organismos de tránsito que no se encuentren a paz y salvo por concepto de pagos o contribuciones con el Ministerio de Transporte, el SIMIT o con entidades que hayan recibido por delegación o por ley funciones en el tránsito.

del Ministerio, ha propiciado que el Distrito Capital persista en conducta de no pago del porcentaje a que se ha venido haciendo referencia”. Tampoco respecto de esta entidad se hace algún estudio adicional a la simple revisión del principio de legalidad.

Así las cosas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca debió revocar la decisión de primera instancia y denegar las pretensiones de la demanda por no haberse acreditado la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, declarado también como violado por la inescindibilidad con el derecho a la moralidad administrativa, pues sobre el mismo no hubo en ninguna de las instancias argumentación alguna.

Por último, advierte la Sala que en esta oportunidad no procede hacer un juicio de legalidad sobre la posición jurídica del Distrito Capital para establecer si las sumas sobre las cuales calculó el 10% señalado en el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, en la forma en que esa entidad lo interpreta, se ajustó a derecho, pues se incurriría en la misma equivocación cometida por los jueces de instancia, teniendo en cuenta que se está en presencia de una acción popular, en la que se discutió la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa y era indispensable que se hiciera una imputación clara y directa de esa violación, no solo desde el punto de vista de la legalidad sino de la conducta antijurídica y corrupta del funcionario encargado de cumplir la ley, en el sentido de que el incumplimiento fue deliberado y movido por la satisfacción de un interés particular, en provecho propio o de un tercero, que se repite, fue un presupuesto no satisfecho por los actores populares.

Por todo lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y en ejercicio de la facultad legal conferida por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, de revisar los fallos dictados por los Tribunales Administrativos en las acciones populares y de grupo, cuando no procede el recurso de apelación, infirmará el fallo proferido por el Tribunal que había confirmado la decisión de primera instancia del Juzgado Administrativo de acceder a las pretensiones de la acción popular, y en su lugar dictará la sentencia de reemplazo, la cual revocará la decisión del Juzgado, y denegará las pretensiones de la demanda, dejando a salvo el contenido del

numeral primero, relativo a la decisión de declarar no probadas las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación pasiva y agotamiento de la jurisdicción, el cual será confirmado.

Y por lo mismo, la Sala no se pronunciará sobre el tema del incentivo, pues como se advirtió al inicio de estas consideraciones y conforme al auto de selección, ese aspecto quedó condicionado a la decisión que aquí se tomara y como se encontró que debían denegarse las pretensiones de la demanda, al margen de que esta figura fue derogada en virtud de la ley 1425 de 2010, no habría lugar a reconocer suma alguna por concepto de incentivo y el análisis que aquí se hiciera no tendría ninguna incidencia práctica.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

F A L L A:

I. DENIÉGASE la solicitud de audiencia solicitada por la Federación Colombiana de Municipios por las razones expuestas en esta providencia.

II. INFÍRMASE la sentencia de treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009) y su complementaria de veintinueve (29) de septiembre de dos mil nueve (2009) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A. En su reemplazo, SE DISPONE:

REVÓCASE la sentencia proferida el diecinueve (19) de diciembre de dos mil ocho (2008) por el Juzgado Treinta y Cinco Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro de la acción popular instaurada por los señores Fernando Torres y Alberto Bravo Cortés contra Bogotá D.C., la Federación Colombiana de Municipios y el Ministerio de Transporte, **EXCEPTO** el numeral **PRIMERO** que se **CONFIRMA** en cuanto declaró no probadas las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación pasiva y agotamiento de la jurisdicción. En su lugar,

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda popular.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Vicepresidente

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

ROCÍO ARAUJO OÑATE

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CARMELO PERDOMO CUETER

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Ausente

DANILO ROJAS BETANCOURTH

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Ausente

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

EXP. No. 11001-33-31-035-2007-00033-01

ACTOR: FERNANDO TORRES Y OTRO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)

Actor: FERNANDO TORRES Y OTRO

Referencia: ACLARACION DE VOTO – HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Con el respeto acostumbrado, aunque compartí la decisión adoptada por la Sala Plena en la sentencia de la referencia, decidí aclarar el voto, por las siguientes razones.

I) Frente al supuesto carácter principal y autónomo de la acción popular

1. Como es bien sabido, la acción popular tiene como principal objeto la protección de los llamados derechos o intereses colectivos, esto es, los derechos que no pertenecen a una o varias personas consideradas individualmente, sino a la comunidad en general. Aunque hay que aceptar que frente a algunos derechos colectivos sí podrían predicarse en favor de ciertas colectividades en particular, como los usuarios de un determinado servicio público, los consumidores de determinado producto comercializado, los sujetos de especial protección, etcétera.

A partir de ese propósito general, la acción popular cumple dos finalidades: **i)** evitar el daño contingente, esto es, precaver que una amenaza actual e inminente se materialice y se convierta en un daño efectivo o **ii)** volver las cosas al estado anterior, si el daño se hubiera causado.

El primer caso es propio de las situaciones en las que el daño aún no se ha producido: existe una amenaza seria y razonable de que se vulnere un derecho colectivo. El segundo, en cambio, se refiere a los casos en que ya el peligro se materializó y de lo que se trata es de volver las cosas al estado anterior a la fecha

de ocurrencia del hecho dañoso, siempre que eso sea posible. En el último caso, puede optarse por una indemnización en favor de los derechos colectivos.

2. Empero, la acción popular no es el único mecanismo judicial para proteger los derechos e intereses colectivos. Está, por ejemplo, la acción de cumplimiento para hacer cumplir las leyes dictadas en defensa de ciertos derechos colectivos⁶⁰. La acción penal para salvaguardar la moralidad administrativa⁶¹. La acción de nulidad para expulsar del ordenamiento jurídico los reglamentos contrarios a las leyes que justamente establecen y defienden los derechos colectivos. La acción de grupo para salvaguardar los derechos de los consumidores, en cuanto esta acción permite la indemnización.

3. En principio, ninguna acción judicial es el principal medio para resolver un conflicto de intereses o cuestiones relacionadas con la violación o amenaza de derechos. Se debería primero acudir a medios alternativos: el arreglo directo o la conciliación, por ejemplo, son mecanismos efectivos, menos demorados y costosos que el proceso judicial. Solo ante el fracaso de tales mecanismos se podría acudir al juez para que decida lo pertinente en la sentencia.

También está la reclamación previa, cuando la violación o amenaza de los derechos colectivos tiene origen en la omisión de la administración —omisión entendida como la inactividad acompañada de la voluntad de dejar de cumplir el deber impuesto por el ordenamiento jurídico—. La reclamación previa, sin duda, asegura que la administración o el particular que cumple función pública, según sea el caso, conozcan previamente de la desatención (omisión) y actúen en pos de proteger los derechos colectivos violados o bajo amenaza.

⁶⁰ La acción popular persigue que se atiendan prioritariamente las leyes, que son los instrumentos básicos para la defensa de los derechos colectivos que las propias leyes regulan. En efecto, las leyes (y, en lo de su competencia, las ordenanzas y los acuerdos) son los instrumentos normativos que configuran el régimen jurídico de las materias en las que aparecen los derechos e intereses colectivos y cuyo disfrute pertenece a la comunidad o a colectivos específicos que de ella hacen parte: leyes a favor de la moralidad administrativa, leyes a favor del patrimonio público, leyes urbanísticas, leyes a favor de la calidad de los servicios públicos, etcétera.

⁶¹ De hecho, es la acción judicial que mejor sirve para garantizar la protección de la moralidad administrativa. El Código Penal describe una serie de conductas contrarias a la debida administración pública: el peculado en sus diversas modalidades, la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato, el abuso de autoridad, entre otras.

4. De la lectura de los artículos 10 y 18 de la Ley 472 de 1998⁶², que aluden al “agotamiento opcional de la vía gubernativa⁶³” y a los requisitos de la demanda de acción popular, se concluye que el juez puede exigir al actor que demuestre que previamente acudió ante la administración o el particular para pedir que se protejan el derecho colectivo violado o en situación de amenaza.

Es más, los artículos 144 y 161-4 de la Ley 1437⁶⁴ establecen que para ejercer la acción popular (sin importar si tiene origen en la acción u omisión) se debe acreditar que previamente se pidió a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias para proteger el derecho colectivo, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

5. En definitiva, no es cierto que la acción popular tenga carácter principal y autónomo frente a otros mecanismos legales de protección de tales derechos. Insisto: la acción popular no puede ser el primer remedio, ni el único, ante situaciones en las que el ciudadano crea vulnerados derechos colectivos. El proceso judicial debe ser siempre el último mecanismo para resolver los conflictos o reclamar la protección de derechos. Es necesario, entonces, que se agoten otras instancias en las que también es posible solucionar los conflictos y disponer la protección de derechos, de manera más rápida, económica, pero no menos justa que la sentencia judicial.

Desde luego, no descarto que existan situaciones excepcionales y apremiantes en las que la vía jurisdiccional debe estar abierta de manera inmediata, y sin mayores

⁶² **Art. 10.-Agotamiento opcional de la vía gubernativa.** Cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular.

Art. 18.-Requisitos de la demanda o petición. Para promover una acción popular se presentará una demanda o petición con los siguientes requisitos: (...) b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición.(...)

⁶³ Realmente se trata de un requerimiento previo, mas no de un recurso contra un acto particular, que es, en realidad, lo que debe entenderse por agotamiento de la vía gubernativa.

⁶⁴ **Artículo 144. Protección de derechos e intereses colectivos.** (...) Antes de presentar la demanda (*de acción popular*) para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.

Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: (...) 4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.

exigencias. Pero son solo aquellas situaciones en las que existe un peligro grave e inminente que, de no tomarse medidas inmediatas, pueden dar paso a que el peligro se materialice en un daño irremediable.

II) Frente al alcance del mecanismo de revisión que desató la Sala en la providencia de la referencia

1. La Sala Plena de esta Corporación tuvo la oportunidad de fijar el alcance del mecanismo de revisión en las acciones populares⁶⁵. En lo que interesa, la Sala Plena explicó que el propósito general de ese mecanismo es la unificación de jurisprudencia, por lo menos, en los siguientes casos:

- a) Cuando la providencia objeto de revisión hubiera abordado algún tema de forma diferente a como lo ha venido tratando la jurisprudencia del Consejo de Estado.
- b) Cuando existan cuestiones que, por la complejidad, indeterminación o vacío normativo, justifiquen un pronunciamiento del Consejo de Estado, en aras a fijar una posición unificadora.
- c) Cuando en la propia jurisprudencia del Consejo de Estado no exista una posición sobre determinado asunto.
- d) Cuando existan tópicos frente a los que no exista posición consolidada en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La Sala Plena estableció que, en todo caso, los temas que justifiquen la unificación deben tener “*incidencia directa e inmediata*” en el sentido de la decisión que se adoptó en la providencia objeto de revisión, pues solo así cobra importancia el papel del Consejo de Estado, que debe actuar como tribunal supremo de lo contencioso administrativo y unificar la jurisprudencia de lo contencioso administrativo. Además, se precisó que, en general, las particularidades de cada caso y la importancia jurídica y trascendencia del asunto son parámetros para decidir si un asunto se escoge para revisión⁶⁶.

⁶⁵ Providencia del 14 de julio de 2009, expediente (AG) 200012331000200700244 01.

⁶⁶ La providencia aludida explicó: “Cabe agregar que para la procedencia de la revisión es necesario que los temas tratados en la providencia definitiva, además de que reúnan las condiciones necesarias para que sean objeto de unificación de jurisprudencia, deberán tener incidencia directa e inmediata en la decisión proferida en la providencia respecto de la cual se solicite la revisión. Lo anterior con el fin de garantizar los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, los cuales deben aplicarse en todas las actuaciones judiciales, teniendo en cuenta, además, los intereses que se persiguen en las acciones populares y de grupo.”

2. En principio, el campo de acción de esta Corporación, al decidir la revisión, está delimitado por el auto que dispone la selección de la providencia, pues en ese auto se identifican los puntos que requieren unificación jurisprudencial.

No obstante, estimo que la competencia del Consejo de Estado no queda restringida a los puntos identificados en el auto que selecciona la providencia para revisión, pues podría ocurrir, por ejemplo, que existan otros aspectos relacionados con el tema objeto de revisión que también requieren de una posición unificada, pero que expresamente no se identificaron al seleccionar la providencia. Esos nuevos tópicos pueden ser abordados por esta Corporación, en aras de adoptar la decisión que en derecho corresponda.

De hecho, una vez unificadas las cuestiones sujetas a revisión, la Sala queda habilitada para volver sobre el fondo del asunto y determinar si la materia unificada varía el sentido de la decisión revisada, sin que eso implique que el Consejo de Estado actúe como juez de instancia.

3. No es cierto, como escuché decir en el seno de la Sala Plena, que la providencia de la referencia haya desbordado los criterios por los que se seleccionó para revisión la sentencia del 30 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. Tampoco es cierto que nada se haya unificado respecto del alcance del derecho de la moralidad administrativa.

Todo lo contrario: estimo que el tema principal de la revisión quedó unificado, esto es, quedó unificado el alcance del derecho a la moralidad administrativa. A partir de ese entendimiento, la Sala Plena revisó de fondo la sentencia del 30 de abril de

Se reitera que los eventos antes expuestos lo fueron únicamente a título enunciativo, por ello, su sola mención no excluye la posibilidad de que con posterioridad y en atención a la finalidad de unificación de jurisprudencia puedan llegar a considerarse otras hipótesis que harían posible la selección de la providencia para fines de revisión; en todo caso, resulta necesario precisar que la configuración, en todos aquellos asuntos concretos, de una o varias de las hipótesis señaladas o de las demás que puedan llegar a establecerse, no obliga a la selección de todos ellos por parte del Consejo de Estado, toda vez que ese mecanismo, según lo dispone la ley de manera manifiesta, se caracteriza por ser eventual, no automático y menos absoluto.

Por consiguiente, a) las particularidades de cada asunto; b) el cumplimiento de los requisitos legales para la procedencia de la solicitud de revisión; c) la configuración de uno o varios de los eventos que determinen la necesidad de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado y d) la importancia y trascendencia de los temas que se debatan en la providencia objeto de la solicitud correspondiente, serán los parámetros que esta Corporación tendrá en cuenta para efectos de definir la selección, o no, de la providencia respectiva, lo cual, por su puesto, deberá estar contenido en la motivación a que haya lugar.

2009 y concluyó que no estaban llamadas a prosperar las pretensiones de la acción popular.

Con todo, algunas precisiones haré enseguida sobre el derecho de la moralidad administrativa.

III) Algunas consideraciones adicionales frente al alcance del derecho a la moralidad administrativa

1. En general, comparto los criterios que expuso la Sala para unificar el tema relaciona alcance del derecho de la moralidad administrativa, pues es innegable que existían ciertas discrepancias en la Corporación.

Tal y como lo explicó la providencia de la referencia, la moralidad administrativa ha sido entendida, en términos generales, como el conjunto de valores y principios éticos que presiden la actividad del Estado, cuyo propósito fundamental es rodear de legitimidad y transparencia esa actividad, en beneficio de los intereses de los asociados. La moralidad administrativa es un típico concepto jurídico amplio o indeterminado, habida cuenta de que no existe una definición sobre el derecho, al punto que ha correspondido al Consejo de Estado delimitar el núcleo esencial del derecho.

Dicho de otra manera: la norma que consagra el derecho de la moralidad administrativa se ha visto, entonces, como un clásico caso en los que la actividad interpretativa del juez ha ido definiendo y limitando el alcance de la norma, a partir de la interpretación de las reglas de conducta para los funcionarios públicos, reglas contenidas en la ley penal, la ley disciplinaria, etcétera.

La moralidad administrativa es un concepto que se relaciona de manera directa con el manejo ético, honesto, diligente, probo, de la cosa pública por parte de los funcionarios y los órganos que conforman el Estado. Que la actuación del funcionario sea acorde con la moralidad administrativa, esto es, que sea pulcro y transparente, genera confianza de los asociados en la actividad del Estado, que está en la obligación de orientar su actividad al interés general, al bienestar común, al cumplimiento de la ley y al mejoramiento del servicio, pues solo una función así orientada permite el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

2. La violación del derecho de la moralidad administrativa se configura en los casos en que el funcionario público o el particular que cumple función pública actúan a favor de intereses propios o de terceros en detrimento del bien común, del interés público, como cuando se encaminan a satisfacer intereses personales o de terceros y así desconocen de forma ostensible e intencional el ordenamiento jurídico, los valores y principios que lo fundamentan.

Se trata de conductas que el mismo Código Penal describe como tipos punibles, que se establecen justamente para tutelar los bienes y valores superiores de la administración y de las funciones públicas. Verbigracia, están los delitos de peculado en sus diversas modalidades, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, abuso de autoridad, entre otros.

De modo que, en cada caso, el juez de la acción popular deberá determinar si existe una conducta (por acción u omisión) que pueda violar este derecho colectivo. Se trataría, pues, de evidentes y probados casos de actuaciones inmorales frente a la deontología administrativa, de las que se pueda advertir, sin duda, la intención de obtener algún beneficio espurio, ilícito.

Lo anterior significa que una sentencia dictada en favor de la moralidad administrativa exige la existencia de una investigación en el ámbito punitivo (penal, disciplinario o fiscal), puesto que necesariamente implicaría la averiguación necesaria de la autoría de delitos o faltas. De hecho, si no se han iniciado, el juez que decide proteger en una sentencia de acción popular el derecho a la moralidad administrativa, debe ordenar que se inicie y culmine una investigación de ese tipo.

Y es justamente en este último aspecto que radica el motivo de esta aclaración de voto frente al alcance del derecho a la moralidad administrativa. Es imperioso que, por lo menos, se investigue y juzgue la conducta del funcionario que actúa en abierto desconocimiento de los principios de la función pública, en especial, de la moralidad administrativa.

3. Independientemente de que exista la acción popular, el derecho penal, el derecho disciplinario y el mismo derecho fiscal siempre han propendido por la defensa de la moralidad administrativa. Nada obsta, entonces, para que funcionen en el sistema jurídico la acción popular junto con las acciones punitivas, todas a

una en pos de mantener vigente el ideal de una gestión administrativa conforme con la moralidad propia de esa función.

Pero, como se explicó en la providencia en la que aclaro el voto, eso no significa que toda irregularidad, ilegalidad o incorrección sea, *per se*, un caso de inmoralidad administrativa. De hecho, la jurisdicción de lo contencioso administrativo anula frecuentemente actos administrativos por estimarlos ilegales y no por eso se evidencia lesión al derecho a la moralidad administrativa. De no ser así, esto es, si de cada sentencia de nulidad por ilegalidad del acto se dedujera violaciones a la moralidad administrativa, habría que iniciar y culminar procesos penales, disciplinarios y fiscales contra los funcionarios que intervinieron en la expedición del acto.

No puede perderse de vista que el juzgamiento del acto administrativo o del reglamento es una cosa distinta del juzgamiento de la conducta del funcionario que lo emite. Un funcionario de la administración puede, amparado en las mejores intenciones para con el interés público, terminar dictando un acto irreglamentario o no conforme con el régimen jurídico del acto. En ese caso, el acto podría ser nulo, pero no necesariamente el funcionario que lo expidió será delincuente o trasgresor de la moralidad administrativa.

Esas son las razones de la aclaración de voto.

Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Fecha *ut supra*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)

Actor: FERNANDO TORRES Y OTRO

Referencia: ACLARACION DE VOTO – SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

En relación con lo resuelto en la sentencia de 1° de diciembre de 2015 proferida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en el expediente de la referencia, con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar el voto, por las siguientes razones:

1.- En el sub examine, los señores Fernando Torres y Alberto Bravo Cortés presentaron Acción Popular contra el Ministerio de Transporte, la Federación Colombiana de Municipios y el Distrito Capital de Bogotá, en la cual solicitaron la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa y ordenar al Alcalde Mayor de Bogotá D.C., dar cumplimiento al artículo 10⁶⁷ de la Ley 769 de 2002, el cual prevé que los municipios deben girar a la Federación Colombiana de Municipios el 10% de lo recaudado por concepto de multas.

2.- La demanda correspondió en primera instancia al Juzgado 35 Administrativo de Bogotá que en sentencia de 19 de diciembre de 2008, protegió el derecho colectivo a la moralidad pública y ordenó al Distrito Capital de Bogotá dar cumplimiento al artículo 10 de la Ley 769 de 2002 en el sentido de girar el 10% de lo recaudado por concepto de multas a la Federación Colombiana de Municipios desde el año 2002, fecha de entrada en vigencia de la norma incumplida. Esta decisión fue confirmada

⁶⁷ Ley 769 de 2002. Artículo 10. SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACIÓN SOBRE LAS MULTAS Y SANCIONES POR INFRACCIONES DE TRÁNSITO. Con el propósito de contribuir al mejoramiento de los ingresos de los municipios, se autoriza a la Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional, un sistema integrado de información sobre las multas y sanciones por infracciones de tránsito (SIMIT), por lo cual percibirá el 10% por la administración del sistema cuando se cancele el valor adeudado. En ningún caso podrá ser inferior a medio salario mínimo diario legal vigente. (...)."

en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, a través de la sentencia de 30 de abril de 2009 y la sentencia complementaria de 29 de septiembre de 2009.

5.- La Sala Plena del Consejo de Estado⁶⁸ mediante la sentencia de 11 de diciembre de 2015 infirmó la sentencia de 30 de abril de 2009 y la sentencia complementaria de 29 de septiembre de 2009 proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A y revocó la sentencia de 19 de diciembre de 2008 del Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá⁶⁹, para en su lugar denegar las pretensiones de la acción popular⁷⁰.

La decisión de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado se sustentó en dos (2) argumentos fundamentales:

Primer argumento (procedimental)⁷¹: El ordenamiento jurídico dispone que la acción popular es autónoma y no subsidiaria, por eso cuando la controversia jurídica verse sobre el incumplimiento de una norma y se invoque la afectación de un derecho colectivo como la moralidad pública esta acción es la procedente y no la de cumplimiento. Por lo anterior la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado consideró que era procedente la acción popular.

Segundo argumento (probatorio)⁷²: Los demandantes fundaron sus cargos en el incumplimiento del artículo 10 de la Ley 769 de 2002 indicando que esto dio lugar a una afectación del derecho colectivo a la moralidad pública, sin embargo no se probó que el comportamiento de algún funcionario fuera contrario a la función

⁶⁸ El conocimiento del asunto fue asumido por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en razón a: i) la solicitud revisión (artículo 11 de la Ley 1285 de 2009), presentada por el Distrito Capital de Bogotá, el Ministerio de Transporte y la Procuraduría General de la Nación y ii) el auto de 22 de octubre de 2010, proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado por medio del cual decidió seleccionar para su revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" el 30 de abril de 2009, y su complementaria del 29 de septiembre de 2009.

⁶⁹ Excepto el numeral primero el cual lo confirmó en cuanto declaró no probadas las expresiones de cosa juzgada, falta de legitimación pasiva y agotamiento de la jurisdicción

⁷⁰ Ver página 69 a 41 de la Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Actor: Fernando Torres. Expediente N° 2007-00033-01.

⁷¹ Ver página 29 a 41 de la Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Actor: Fernando Torres. Expediente N° 2007-00033-01.

⁷² Ver página 29 a 41 de la Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Actor: Fernando Torres. Expediente N° 2007-00033-01.

administrativa o una actuación deshonestas, corrupta o antijurídica a fin de que quedará acreditada la vulneración del mencionado derecho. Por lo anterior, dado que no se probaron los presupuestos de la vulneración al derecho colectivo a la moralidad pública las pretensiones de la acción popular fueron negadas.

6.- Aun cuando comparto la decisión de infirmar las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A⁷³ y negar las pretensiones de la acción popular por la falta de prueba de los presupuestos que configuran la violación al derecho colectivo a la moralidad pública (**segundo argumento de la sentencia**), respetuosamente disiento de la interpretación de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en relación con la procedibilidad de la acción popular en eventos donde se invoca el incumplimiento de una norma legal (**primer argumento de la sentencia**).

Respetuosamente considero que aun cuando la acción popular es autónoma, independiente y principal⁷⁴, ante una demanda para el cumplimiento de una norma legal que se sustente únicamente en “*el desconocimiento de la ley*” lo pertinente es la acción de cumplimiento ya que **no todo incumplimiento de una obligación contenida en una norma legal afecta derechos colectivos**.

En ese orden considero que el asunto de la procedibilidad de la acción de popular **cuando se acusa el incumplimiento de una norma legal**, no debe ser visto desde la **naturaleza subsidiaria o principal** de la acción popular frente a la acción de cumplimiento, como se hizo en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado objeto de aclaración. Esto dado que un análisis bajo esa perspectiva siempre se inclinará en favor de la acción popular por su naturaleza principal⁷⁵, en detrimento del ámbito de aplicación de la acción de cumplimiento por su naturaleza subsidiaria⁷⁶.

⁷³ Sentencia de 30 de abril de 2009 y la sentencia complementaria de 29 de septiembre de 2009

⁷⁴ Constitución Política, artículo 88. Ley 472 de 1998. Ver también Consejo de Estado Sección Tercera, M.P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz, exp. 2003-02486-01, Sentencia de 31 de enero de 2011; Sección Primera, M.P. Dra. María Claudia Rojas, 2004-02843-01 Sentencia de 28 de abril de 2011

⁷⁵ Ley 472 de 1998.

⁷⁶ Ley 393 de 1997. Artículo 9º.- Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela. Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo

Lo anterior, en mi sentir, trae como consecuencia: **1)** un cercenamiento innecesario y contraproducente del objeto de la acción de cumplimiento⁷⁷ y **2)** un desconocimiento de los principios de armonización⁷⁸ y de efecto útil⁷⁹ de las normas jurídicas y de los procesos judiciales, que abogan por una lectura del ordenamiento jurídico que permita su máxima efectividad.

Esto en la medida en que la interpretación del ordenamiento jurídico debe ser abordada como un sistema armónico y coherente, de tal forma que la aplicación en el presente caso de las disposiciones referidas a las acciones populares (Constitución Política, artículo 88⁸⁰ y Ley 472 de 1998) no debe contradecir, agotar, cercenar o disminuir el contenido u objeto de otras normas jurídicas, en este caso las referidas a las acciones de cumplimiento (Constitución Política artículo 87⁸¹ y Ley 393 de 1997), como ocurrió en este caso donde pese a que la controversia jurídica giraba sobre el supuesto incumplimiento del artículo 10 de la Ley 769 de 2002 y se argumentaba *“el desconocimiento de la ley”* se determinó que la acción procedente era la popular.

En ese orden de ideas, la posición asumida en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, objeto de la presente aclaración, con el respeto debido, expande más allá de sus límites constitucionales⁸² el ámbito de conocimiento de la

cumplimiento de Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

⁷⁷ Ley 393 de 1997, artículo 1º, Objeto. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.

⁷⁸ El principio de armonización señala que en la interpretación de dos normas no debe dar lugar a que la aplicación de una norma contradiga, merme o agoté el contenido de otra disposición, sino que debe buscarse la interpretación que permita la máxima efectividad de ambas normas. Corte Constitucional, sentencias C-255 de 1997, C-444 de 1995, T-425 de 1995 y T-801 de 1998.

⁷⁹ El conocido principio de interpretación de las normas jurídicas, a partir del "efecto útil" de éstas, enseña que, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero. Ver sentencias de la Corte Constitucional T-092 de 1992, C-1017 de 2012 entre otras.

⁸⁰ Constitución Política, artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. (...).

⁸¹ Constitución Política, artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

⁸² De acuerdo con el artículo 88 de la Constitución Política, el ámbito de conocimiento de las acciones populares se limita a: La protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

acción popular en detrimento del objeto de la acción de cumplimiento al permitir que por vía de interpretación en la causal de procedencia de la acción popular denominada “*moral pública*” se incluya el incumplimiento de normas con fuerza de ley propio de las acciones de cumplimiento, como se hizo en este caso.

Ahora bien, los anteriores inconvenientes jurídicos, tanto el del cercenamiento innecesario y contraproducente del objeto de la acción de cumplimiento como la afectación de los principios de armonización y de efecto útil, desaparecen si la Sala Plena del Consejo de Estado en el primer fundamento de la sentencia (**fundamento de procedibilidad**) que ahora es objeto de aclaración, en lugar de abordar el asunto desde la naturaleza principal de la acción popular y subsidiaria de la acción de cumplimiento, lo hubiera hecho desde óptica del **principio de especialidad**⁸³.

Bojo la óptica del principio de **especialidad** atendiendo al artículo 88 de la Constitución Política y la Ley 472 de 1998 el ámbito de aplicación de la acción popular esto es “la protección de los derechos e intereses colectivos”⁸⁴ no cercenaría el ámbito de aplicación de las acciones de cumplimiento consagrado en el artículo 88 de la Constitución Política y en la Ley 393 de 1997, esto es “*hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo*”⁸⁵, pues para la acción popular, en los términos de las disposiciones constitucionales mencionadas, no se consagró como causal de procedibilidad el incumplimiento de normas con fuerza de ley, por lo cual tendría que entenderse no es procedente para tales efectos, en la medida en que existen normas especiales, a saber las que regulan la acción de cumplimiento.

La anterior interpretación permite que **aquello que fue consagrado por el constituyente como único objeto y razón de ser la acción de cumplimiento** esto es “el incumplimiento normas con fuerza de ley”⁸⁶, no sea restringido por la acción popular, en otras palabras se estaría permitiendo la máxima efectividad de

⁸³ Código Civil, artículo 31. Interpretación sobre la extensión de una ley. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.

⁸⁴ Constitución Política, artículo 87.

⁸⁵ Constitución Política, artículo 88.

⁸⁶ Ver artículo 88 de la Constitución Política.

las normas que regulan las acciones en mención (principio de armonización) y haría que de los dos sentidos posibles de estos preceptos, se prefiera aquel que no cercene de manera innecesaria la procedibilidad de una acción, en este caso la de cumplimiento (principio de efecto útil).

Finamente debo señalar, con el debido respeto, que la anterior interpretación sobre el ámbito de procedibilidad de las acciones populares y de las acciones de cumplimiento, con la cual se evita la afectación de los principios de armonización y efecto útil de las normas que regulan la acción de cumplimiento, también habría dado lugar a que no prosperaran las pretensiones de los actores de la acción popular pero por motivos distintos, esto es de procedibilidad y no probatorios, siendo esta la razón por la cual en el presente caso decidí no salvar mi voto sino aclararlo.

En estos términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)

Actor: FERNANDO TORRES Y OTRO

Referencia: ACLARACION DE VOTO – DANILO ROJAS BETANCOURTH

Con el debido respeto, me aparto de algunas de las motivaciones contenidas en la sentencia aprobada el 1 de diciembre de 2015 dentro del proceso de la referencia, aunque comparto la decisión asumida consistente en infirmar la sentencia objeto del mecanismo de revisión eventual y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda de acción popular. Las razones de mi discrepancia tienen que ver con el estudio de algunos temas que, a mi juicio, no deberían haber sido abordados en la providencia y otros que, según considero –a pesar del juicioso estudio consignado en la sentencia de cuya motivación me aparto parcialmente–, no fueron apropiadamente analizados en la ponencia mayoritariamente adoptada por la Sala, en especial lo que tiene que ver con la unificación jurisprudencial obrada frente a la delimitación del interés colectivo de la moralidad administrativa.

1. En efecto, aunque en las páginas 18 y 30 de la sentencia mayoritariamente aprobada se puso de presente que la providencia del Tribunal fue seleccionada para revisión con el propósito de unificar la jurisprudencia sobre el tema de la independencia de la acción popular frente a otras acciones de rango constitucional –en especial la acción de cumplimiento–, entre otros aspectos relevantes, considero que dicho estudio no era pertinente, pues en los antecedentes de la ponencia no se sustentaron las razones por las cuales se consideró necesario elucidar dicho tema que, dicho sea de paso, no fue objeto de tratamiento en la sentencia del *ad quem*. Tampoco se pone de presente si la jurisprudencia del Consejo de Estado es unívoca sobre el punto, o si se trata de un tema que no ha tenido pronunciamiento por parte de la máxima autoridad de la jurisdicción y que, por esa razón, deba merecer un pronunciamiento fundador de línea que tenga virtud para obrar una unificación jurisprudencial hacia futuro. Al respecto, es claro

que la Sala se percató de que el tema relevante frente al caso concreto, a pesar de lo que se haya dicho en el auto de selección, era el relacionado con la vulneración del interés colectivo de la moralidad administrativa, con lo cual devinieron en inoficiosas las otras consideraciones relacionadas con la independencia de la acción popular frente a la acción de cumplimiento, en aras de establecer si se puede presentar la existencia de una cosa juzgada entre ambos mecanismos de protección.

2. En el mismo sentido, considero que es innecesario el estudio que en las páginas 31 y siguientes se hizo de la independencia entre la acción popular y la acción de cumplimiento, análisis éste en el cual se concluye que “... *como lo ha precisado la jurisprudencia, se trata de acciones que tienen un objeto y una finalidad diferentes...*” –página 43–, conclusión a partir de la cual se aprecia fácilmente que era innecesaria la argumentación sobre el aludido aspecto. Y a pesar de ello, en el interregno entre el planteamiento de la inquietud y la aludida conclusión, la Sala hizo aseveraciones que no se comparten por el suscrito, como cuando en las páginas 35 y 36 se dijo que el cumplimiento de una ley puede hacerse por la vía de una acción popular sólo cuando se amenazan derechos colectivos, pues en caso contrario sólo sería procedente la acción de cumplimiento⁸⁷. Al respecto, considero que la acción popular y la acción de cumplimiento no se excluyen entre sí, en la medida en que es perfectamente posible intentar el segundo de los amparos mencionados, a pesar de que el incumplimiento de la norma jurídica implique la afectación de un interés colectivo, tal como de forma confusa parece haberse dicho en la página 38 de la sentencia, al afirmarse que “... *aunque los argumentos que se planteen en una acción hayan sido objeto de pronunciamiento en una acción de cumplimiento, dicha decisión incidirá necesariamente en la decisión que deba tomarse dentro de la acción popular, pero ese hecho no la hace improcedente ni agota la jurisdicción, en atención a que no hay identidad de objeto, pues la acción de cumplimiento no puede versar sobre la violación o amenaza de derechos colectivos, que es la finalidad de la acción popular y para la cual se requiere pronunciamiento judicial propio...*”, y reiterado con menos ambages en la página 41, cuando allí

⁸⁷ Textualmente se dijo en la sentencia: “Hay que precisar en primer término que no es procedente, que en una acción de cumplimiento se llegue a considerar que hubo violación de un derecho colectivo a tal punto que impida posteriormente el ejercicio de una acción popular, en atención a que el análisis que se hace en la primera acción mencionada es referente al cumplimiento o no de una ley o de un acto administrativo, sin examinar si con dicho incumplimiento u omisión se transgreden o vulneran derechos o intereses colectivos...”.

categoricamente se concluye que “... como lo ha precisado la jurisprudencia, se trata de acciones que tienen un objeto y una finalidad diferentes, por lo que su ejercicio posterior no resulta improcedente...”.

3. Otro tanto puede decirse en relación con el tratamiento que la ponencia mayoritariamente aprobada le dio al tema de la moralidad administrativa, pues allí también se extrajeron conclusiones totalizantes que tampoco pueden compartirse, con base en las razones que se explican a continuación:

3.1. En las páginas 43 y siguientes, la providencia de unificación hace un recuento de la jurisprudencia que existe sobre el tema, en donde se pone de presente el carácter fluctuante de la misma acerca de la cuestión sobre la relación que existe entre el principio de legalidad, por un lado, y, por el otro, la moral en las actuaciones de la administración, tensión ésta en la cual ha salido a flote el problema acerca de si la moralidad es equiparable a la legalidad, y la cuestión sobre si la violación de la ley implica de suyo una actuación inmoral. A mi juicio, el referido estudio se realizó por la Sala sin establecer claramente la única constante de los múltiples pronunciamientos que existen sobre el tema, cual es el hecho de que la moralidad administrativa no es definible en términos totalizantes y que, antes bien, cualquier trabajo de delimitación debe llevarse a cabo en cada caso concreto, punto en el cual debe atenderse la variable que, ahora sí de manera acertada, se delimitó en la página 60 de la sentencia, al afirmarse que para constatar la existencia de una actuación inmoral de la administración “... *debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o el de un tercero...*”, lo cual es una constatación que, a mi juicio, hace dudosa la relevancia de cualquier otra consideración acerca de la legalidad o no de la actuación objeto de juzgamiento.

3.2. Del mismo modo, en una arista de análisis de evidente relevancia frente a un caso en el que se analizaba una condena de cuantioso impacto a las arcas del Estado, considero que en la sentencia finalmente adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se pasó por alto el estudio de la relación que existe entre los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad en las actuaciones de la administración, punto frente al cual sí ha sido constante y uniforme la jurisprudencia al afirmar que toda lesión al primero de los bienes

jurídicos mencionados, necesariamente implica una afectación del segundo, tal como se ha dicho desde épocas pretéritas por las diferentes secciones del Consejo de Estado⁸⁸. En este punto pudo haberse establecido, de cara al expediente materia de estudio en sede de revisión, que lo que se pretendía con la acción popular que dio origen al proceso, no fue la protección del patrimonio público, sino un rédito que impactaría favorablemente las arcas de la Federación Colombiana de Municipios, con grave detrimento al patrimonio del Estado representado en los activos del Distrito Capital de Bogotá D.C., constatación ésta que era suficiente para llegar a la conclusión a la que finalmente llegó la Sala, que lo fue que debían denegarse las pretensiones del amparo formulado por los demandantes.

3.3. Tampoco comparto las reflexiones que en la página 61 de la sentencia del 1 de diciembre de 2015 se hicieron acerca del tema de la carga de la prueba, en el sentido de insinuar que le incumbe al demandante toda la demostración de los elementos relacionados con una violación del interés colectivo de la moralidad administrativa, punto frente al cual considero que el estudio probatorio debería efectuarse desde una óptica especial. En efecto, resulta en extremo oneroso para el peticionario evidenciar que la actuación de la administración no estuvo orientada por el interés común, o que la conducta de un funcionario es moralmente reprochable, punto en el cual insisto en que el único ingrediente que debería estar presente para poder decir que se violó la moralidad administrativa, es el hecho de que la administración haya actuado para el cumplimiento de fines distintos a los autorizados por la normatividad. Creo que en dicha probanza debería aplicarse la teoría dinámica de la carga de la prueba, así: si el demandante puede poner en evidencia que la actuación de la administración benefició algún interés particular, ello debería ser suficiente para que la carga de la prueba se traslade a la administración demandada, quien debería demostrar que su actuación rindió frutos en la consecución de beneficios para la sociedad en general, a pesar de haber implicado beneficios para algunos sujetos particulares.

⁸⁸ Al respecto puede verse un recuento sobre la aludida jurisprudencia, en el siguiente pronunciamiento, entre otros: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación n.º 25000-23-26-000-2005-01330-01 (AP), actor: Fernando García-Herreros Castañeda, demandado: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y otro.

4. En los anteriores términos dejo manifestadas las razones de mi discrepancia con algunas de las motivaciones consignadas en la sentencia del 1º de diciembre de 2015, cuyas decisiones comparto plenamente.

Atentamente,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Fecha *ut supra*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)

Actor: FERNANDO TORRES Y OTRO

Referencia: ACLARACION DE VOTO – MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Frente a la providencia de la referencia, aprobada mayoritariamente por la Sala Plena Contenciosa, considero necesario exponer mi criterio frente algunos aspectos que sustentaron la decisión.

Competencia del Consejo de Estado para conocer revisiones eventuales.

Comparto el análisis realizado en la sentencia objeto de aclaración, en cuanto a que no era procedente la petición de «cesación de la revisión eventual», por falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de este mecanismo y que fue planteada por la Federación Nacional de Municipios, porque la Ley 1395 de 2010 no derogó tácitamente el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, como lo sostuvo la peticionaria, pues ambas normas regulan aspectos diferentes, la primera (Ley 1395 /10) las competencias de la acción popular y la segunda (Ley 1285/09), el mecanismo de revisión eventual, aunque ambas tengan que ver con la acción popular.

Sin embargo, la Sala concluye en la página 25, lo siguiente:

*«Así las cosas, la Sala no considera que el Consejo de **Estado** **haya perdido competencia para conocer de las revisiones eventuales por el hecho de ser también juez de instancia dentro de las acciones populares y de grupo, ya que ambas funciones, por su naturaleza, no son excluyentes entre sí y por el contrario resultan complementarias, y por lo no tiene***

vocación de prosperidad la solicitud que eleva el apoderado de la Federación para que la Corporación declare que carece de facultades para conocer del presente asunto» (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Estimo que el párrafo transcrito, en la forma en que quedó redactado, pareciera afirmar que el Consejo de Estado podría actuar respecto de un mismo proceso como juez de instancia y en su competencia de revisión eventual. Al respecto, debe precisarse que, como la revisión eventual sólo procede contra las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, contra las que no procede recurso de apelación, el mecanismo de revisión eventual si quedó excluido para sentencias de los Tribunales en primera instancia y no podría ejercerse respecto de una sentencia del Tribunal de primera instancia cuando el Consejo de Estado actúa en virtud de su competencia de juez de segunda instancia, pues en esos caso la Corporación tiene una condición diferente.

Por tanto, el cambio de competencias de las acciones populares con la Ley 1395 de 2010 y que fue confirmada por la Ley 1437 de 2011, al prever al Consejo de Estado como juez de segunda instancia, si hizo perder su competencia para ejercer el mecanismo de revisión eventual respecto de acciones populares y de grupo en las que actúa como juez de segunda instancia, pues este mecanismo de revisión solo procede contra sentencias dictadas en última instancia por los Tribunales.

Análisis del derecho colectivo al patrimonio público

Debo precisar en este punto, que comparto la decisión de la Sala en cuanto a que no se demostraron los elementos necesarios para la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa y que, como lo la sentencia, proviene de la confluencia de tres elementos: i) elemento objetivo: el incumplimiento de la ley o de los principios generales de derecho, ii) elemento subjetivo: acción u omisión del funcionario que se aparta del cumplimiento del interés general en aras de su propio beneficio o el de un tercero, o en provecho particular, iii) imputación o carga

probatoria: carga argumentativa, directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de conductas atentatorias de la moralidad.

No obstante, en relación con el análisis del caso concreto, no puede aducirse, como se hace en la página 68 de la sentencia objeto de aclaración, que el Tribunal debió revocar la decisión de primera instancia que amparó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, *«declarado también como violado por inescindibilidad con el derecho a la moralidad administrativa, **pues sobre el mismo no hubo en ninguna de las instancias argumentación alguna**»*.

Estimo que la falta de argumentación sobre la violación de un derecho colectivo, no es óbice para que el juez popular de manera oficiosa pueda verificar la vulneración de otros derechos colectivos, pues el artículo 5º de la Ley 472 de 1998 prevé:

Artículo 5º.- Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y **eficacia. Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones.**

El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.

De acuerdo con lo anterior, dada la naturaleza de acción constitucional, al juez no le está vedado que ante los hechos presentados por los demandantes pueda advertir que exista una vulneración de otros derechos colectivos no invocados en la demanda pero cuya transgresión subyace del supuesto fáctico analizado, precisamente en aplicación de los principios de prevalencia del derecho sustancial y de eficacia.

En esas condiciones, debe advertirse que, en el asunto analizado, los demandantes también plantearon la transgresión del derecho a la defensa del patrimonio público, por tanto, se considera que la sentencia podía haber entrado al

análisis del derecho colectivo invocado aunque los actores no hubieran expuesto argumentos para sustentar la vulneración.

Reconocimiento del incentivo

En la página 69 de la providencia aprobada, la Sala sostiene que la figura del incentivo fue derogada por la Ley 1425 de 2010. Sobre la vigencia y aplicación de la citada Ley para el reconocimiento del incentivo iniciados con anterioridad a la expedición de la norma citada, la Sala unificó su jurisprudencia en sentencia del 3 de septiembre de 2013, decisión respecto de la cual manifesté mi salvamento de voto.

No obstante lo anterior, he decidido acoger en su integridad el pronunciamiento de la Sala Plena Contenciosa, en aras de no obstaculizar la aplicación de las decisiones de unificación, no sin antes manifestar las razones, en forma resumida, que me llevaron a apartarme de la sentencia de unificación, así:

1. El incentivo es un derecho a favor del demandante (inciso primero del artículo 39 e inciso primero del artículo 40 que señala: el demandante “tendrá derecho”).
2. El título o causa del derecho al incentivo es la demanda fundada. Que es, al mismo tiempo causa eficiente de la protección de los derechos colectivos, tal como lo declara el inciso primero del artículo 40, con la expresión «valor que recupere la entidad pública “en razón de” la acción popular».
3. Según el artículo 14 de la Ley 472 de 1998, la acción popular se dirige contra el particular o autoridad pública que amenace, viole o haya violado derechos colectivos. Esto significa que la demanda se dirige contra el autor de un hecho ilícito.
4. La sentencia recaída en una acción popular es declarativa. El juez se pronuncia sobre relaciones jurídicas preexistentes, constituidas al momento y en razón de la amenaza o violación de los derechos colectivos.
5. El incentivo no es una gracia concedida por el juez. Este solo tiene la facultad de fijar su monto, bien sea en un mínimo de 10 salarios mínimos o bien el 15% del valor recuperado si se trata de acciones que versen sobre la moralidad administrativa.
6. El incentivo es un derecho distinto de las costas procesales.
7. Los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 son de naturaleza sancionatoria, porque imponen una *pena* al infractor de los derechos

colectivos y de esa pena se deriva una consecuencia jurídica para el actor popular que es el derecho al pago del incentivo.

8. El principio de favorabilidad que rige el debido proceso imponía tener en cuenta no solo al infractor del derecho colectivo sino al actor popular que interpuso una demanda fundada antes de la expedición de la Ley 1425 de 2010 y que no fue decidida en los perentorios términos previstos en la Ley 472 de 1998.
9. La Ley 1425 de 2010 no dispuso un régimen de transición para procesos en curso, por consiguiente, tiene aplicación a partir de su promulgación, esto es, para acciones populares instauradas con posterioridad a su promulgación, esto es, al 29 de diciembre de 2010, tal como lo señala el artículo 2º de la citada Ley.
10. Al ser el incentivo una sanción, la violación del derecho colectivo debe sancionarse con la norma vigente al momento en que se cometió la infracción, en aplicación del artículo 29 de la Constitución, lo cual es también aplicable al inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, pues el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que la infracción a lo estipulado en un contrato debe ser sancionada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido, es decir, que si la demanda se interpuso antes de la promulgación de la Ley 1425 de 2010 y se demostraron sobrecostos o irregularidades en un contrato, el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, deben responder patrimonialmente hasta la recuperación total de lo pagado en exceso, por ser la sanción vigente al momento de la infracción de los derechos colectivos que se invocan en la demanda.
11. El incentivo económico a favor de los actores populares que interpusieron una *demanda fundada* antes de la derogatoria prevista en la Ley 1425 de 2010, no constituye una «mera expectativa» y, por tanto, no puede ser afectada por leyes posteriores, pues les asiste el derecho al incentivo que se consolidó desde el mismo momento de la interposición de la demanda fundada, independientemente del momento en que el juez profiera la decisión.

Con todo respeto,

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)

Actor: FERNANDO TORRES Y OTRO

Referencia: ACLARACION DE VOTO – ROCÍO ARAÚJO OÑATE Y MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Con nuestro acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, aclaramos nuestro voto en relación con la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2015, en el proceso de la referencia cuyo Consejero Ponente fue el Dr. Luis Rafael Vergara, y expresaremos, en los términos que siguen, las razones que nos condujeron a disentir parcialmente de algunos argumentos expresados por la mayoría.

1. Antecedentes y síntesis del problema

La Ley 769 de 2002 creó el sistema de información de multas de tránsito –SIMIT-, y el art. 10 autorizó a la Federación Colombiana de Municipios para administrarlo, así como para percibir un 10% del recaudo que hagan los municipios. El demandante alegó que el Distrito de Bogotá no pagó esa suma a la Federación de Municipios, lo cual viola el derecho colectivo a la *moralidad administrativa*.

Los demandados –Distrito, Federación y Ministerio de Transporte- consideraron que no deben pagarle a la Federación porque no cumplió su obligación; y que si algo adeudan es sobre una base diferente a la que pretende la Federación; además de que existe cosa juzgada porque una acción de cumplimiento ya negó las mismas pretensiones.

En las decisiones de *primera y segunda instancia* se condenó al Distrito por violar los derechos a la *moralidad administrativa* y al *patrimonio público*.

La sentencia de segunda instancia se *escogió* para examinar: i) si existen otros medios de defensa judicial; ii) el concepto de moral administrativa; iii) el incentivo en las acciones populares; y iv) la importancia social del asunto. Precisamente, la sentencia de revisión de la Sala Plena llegó a las siguientes conclusiones, cuya mayoría de razones justificativas compartimos:

i) Pese a que la Ley 1395 revivió la competencia del Consejo de Estado para conocer en segunda instancia de las acciones populares, sigue vigente la *revisión eventual* tal como la creó la Ley Estatutaria 1285 de 2011 –pp. 19 a 25-.

ii) La acción popular es una acción principal, porque no está subordinada a otras acciones –pp. 30 a 38-, es decir, no se puede alegar que por existir otro medio de defensa no proceda la acción popular –como sucede con la acción de tutela-. En este horizonte, el hecho de que se haya ejercido la acción de cumplimiento, y se adoptara una decisión sobre el mismo tema, no agota la jurisdicción popular ni produce cosa juzgada frente a ella –pp. 38 a 41-.

iii) El derecho a la *moralidad administrativa* es mucho más que el principio de legalidad, y no es un concepto eminentemente subjetivo –pp. 60-. La moralidad se relaciona con la intencionalidad, y en el caso concreto no se acreditó el elemento subjetivo de su violación: el mal comportamiento –pp. 66 a 67-.

Entre estos tópicos celebramos la claridad que alcanza esta providencia en relación con la intervención del Consejo de Estado como juez de instancia y como juez de revisión eventual de las acciones populares. Del mismo modo, constituye un acierto la defensa que hace de la autonomía o independencia de la acción popular frente a las demás acciones ordinarias. No obstante, se considera necesario efectuarle algunas precisiones al análisis realizado por la Sala, sobre todo en relación con el concepto de moralidad administrativa, su naturaleza jurídica y la manera de aplicarlo, asunto del que se ocupará el siguiente numeral, para esclarecer el entendimiento que, en nuestro concepto, debe tener la providencia.

2. Noción de *moralidad administrativa*: Perspectivas para formular un concepto que sirva para el control judicial efectivo a la administración.

En Colombia la moralidad administrativa tiene una consagración positiva, que en algunos casos tiene rango de principio constitucional (artículo 209) y en otros de derecho colectivo como aparece en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991 y en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, literal b. Sin embargo, en la legislación anterior a la Constitución de 1991 ya la moralidad había sido consagrada como un valor jurídico y político⁸⁹, con rango de principio o deber.

Desde una perspectiva estructural del derecho la actual jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha dejado en claro que la moral administrativa es un *concepto jurídico indeterminado*, es decir, “tiene significaciones demasiado amplias, imprecisas y hasta vagas, cuya concreción no es posible lograr con su sola enunciación. Este tipo de conceptos los utiliza comúnmente el legislador, y también el Constituyente, ante la dificultad que se presenta de tratar con precisión y rigor una materia, bien por imposibilidad conceptual o bien por imposibilidad fáctica de incluir en una palabra más precisa todo el universo de supuestos que pretenden regular. Esto hace que se deba apelar a expresiones omnicomprensivas de un acervo de situaciones que deben caber en el supuesto de la norma creada, correspondiendo a otra autoridad, la que aplica la norma, interpretar el concepto y definir si se debe o no aplicarse a un caso concreto”⁹⁰.

Con esta posición tomada en la sentencia de 2007 se supera la postura existente anteriormente, en cuanto a que la moralidad administrativa estaba consagrada en una norma en blanco, teoría que se desarrolló en las sentencias de junio 17 de 2001 y 6 de septiembre del mismo año, en donde se dijo:

⁸⁹ Ley 153 de 1887, art.18; Ley 88 de 1910, art.23; Ley 86 de 1946, art.94; Constitución de 1886 art.39.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Expediente 88001233100020040000901 (AP), Demandante: Jaime Miguel Torres Padilla, Demandado: Departamento del Archipiélago San Andrés y Providencia y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

“la regla que cataloga la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez debe sujetarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella. En efecto, se dijo, el artículo 4 de esa ley prescribe que “los derechos enunciados estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley”, y el artículo 7 refuerza esa idea, disponiendo que los derechos ‘protegidos por las acciones populares y de grupo... se observarán y aplicarán de acuerdo como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia’. Sin embargo, se concluyó, las regulaciones a que se refieren las normas citadas, en materia de moralidad administrativa, por las razones expuestas, seguramente no consistirán en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico y concreto del algún aspecto del principio.”

Así entonces, bajo la antigua postura del Consejo de Estado la moralidad administrativa era “(...) una norma en blanco que debe ser interpretada por el juez bajo la hermenéutica jurídica y aplicada al caso concreto conforme a los principios de la sana crítica (...)”⁹¹

Sumado a que la *moralidad administrativa* es un concepto jurídico indeterminado, encontramos que este derecho colectivo es de muy reciente aparición en el ordenamiento jurídico, a diferencia de otros, como los fundamentales, los políticos, los civiles, y otros, que datan de siglos y hasta milenios de antigüedad. Este sólo referente de análisis explica que en la actualidad se viva un proceso de tinte estrictamente cognoscitivo de configuración, comprensión, estructuración de su contenido, significado y alcance. De alguna manera se trata de una época de conformación del derecho, que es posterior a la etapa de justificación pragmática del mismo.

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente AP-163. Consejero Ponente: Jesús María Carillo Ballesteros.

El estado en que se encuentra este derecho colectivo es el mismo de casi todos los otros, porque la moralidad comparte con ellos el constituirse en una de las más recientes categorías, de allí que conjuntamente desafíen la comprensión del derecho público moderno, incluso del derecho privado.

Con este enfoque, una perspectiva de fundamentación filosófico-jurídica permite desentrañar qué son y cuál es el contenido de cada uno de ellos para el sistema jurídico, perspectiva desde la cual los derechos colectivos pueden verse como: i) una realidad *sustantiva*, propia, independiente del sistema que los recubre o ii) identificarse con *las normas* jurídicas en las que se expresan las conductas que se pueden o no realizar al amparo suyo. Expliquémoslo.

La *primera perspectiva* se esfuerza en demostrar que cada derecho colectivo, concretamente la moralidad, es algo en sí mismo, una entidad propia, “separable” de la realidad –pero no “separada” de ella-, aunque reflejada en esas vivencias. La *segunda perspectiva* presenta al derecho a la moralidad como la suma de las normas en las cuales se ve reflejada, es decir, no como una entidad autónoma sino como un derecho capturado o expresado en disposiciones del ordenamiento. De conformidad con esta visión, el derecho es lo que las disposiciones prescriben que es, de allí que su vulneración necesariamente consiste en la violación de alguna norma que contiene una prohibición o que exige cierto comportamiento, que coincide con la moral.

La doctrina y la jurisprudencia –incluida la del Consejo de Estado- han transitado por estos dos enfoques, consciente o inconscientemente, porque el esfuerzo por concretar qué es la moralidad administrativa y cuándo se vulnera usa indistintamente estas categorías.

Los derechos más antiguos, consolidados y evolucionados, en términos de contenido, significado, alcance y protección, ya trascendieron esta dicotomía de aproximación epistemológica, gracias a la suma de esfuerzos –de la jurisprudencia, la doctrina, las leyes, los reglamentos, la sociología, la política, la cultura, etc.- que durante siglos se esforzaron en constituirlos, y se instalan en el primer enfoque, para el cual el derecho se consolida como algo concreto, con el

que no solo se puede leer la realidad sino también corregirla o amoldarla a ese contenido. En esta perspectiva, el *derecho* no es *aquello*, sino que *aquello* se puede ver con y a través de ese *derecho*, porque vive independientemente de esa realidad, aunque ésta lo afecte.

De alguna manera, la perspectiva embrionaria y primitiva de aproximación a la concreción de lo que es y no es un derecho nuevo, corresponde al segundo enfoque, en el que el operador jurídico se caracteriza por asimilar el *nuevo derecho* a otra entidad jurídica, ya que el reciente carece de madurez, de contenido propio, de sustantividad; así se lo conduce, inconscientemente, a un objeto que se conoce, aproximándolo al contenido que éste tiene, de manera que el derecho que nace es lo que se parece a una realidad que corresponde a determinado momento de la historia.

El enfoque de la *autonomía* máxima, o sustantividad, enseña que el derecho tiene su propia entidad y que la realidad y él son distintos, aunque se imbriquen intensamente, es decir, que la facticidad puede moverse, acontecer, suceder, y la idea del derecho nuevo permanece con su propio sentido, incluso en pugna o en acuerdo con la realidad. Lo determinante es que la facticidad y el derecho no son una misma cosa, e incluso éste se convierte en parámetro de control, en la unidad de medida de aquél; pero no a la inversa.

En este horizonte, llamamos la atención sobre la necesidad apremiante de fundar un sentido autónomo de moralidad, pero de la moralidad como derecho. Así sucedió históricamente con el significado y contenido de lo que es la *igualdad*, de la cual hoy en día nadie afirma que sea lo que disponen las normas; o del derecho al *libre desarrollo de la personalidad*, del cual tampoco se asegura que sea lo que la ley permite o autoriza, o de la libertad de cultos o del *derecho a la propiedad privada*, que son lo que son por sí mismos.

La noción de moralidad administrativa se encuentra más rezagada que los anteriores derechos, en término de concreción y claridad conceptual, porque no existe el acuerdo dominante, firme y sólido sobre su contenido.

Precisamente, asumiendo esta tarea, la sentencia del primero de diciembre de 2015 concluyó que la moralidad administrativa es un derecho que protege al sistema social de las conductas que afecten el buen comportamiento previsto en las *normas positivas* –reglas- o en los *principios generales del derecho*:-

Esta conexión “moralidad - legalidad” no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento per se no implica la violación al derecho colectivo... Esto quiere decir que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación al derecho colectivo...

(ii) Pero también forma parte del ordenamiento jurídico colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe trasgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que este se convierta, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa. (Página 58)

Este esfuerzo de concreción hace parte del largo camino que tiene que recorrer un tipo de derecho, como el colectivo, en su proceso de formación del contenido. En esta ocasión la Sala Plena reunió parte de la producción jurisprudencial que se ha esforzado en configurar, delinear, esbozar y ordenar este derecho, y su esfuerzo produjo como resultado que parte de los significados se hayan matizado en su alcance –por ejemplo, aquella idea según la cual *moralidad* es la *legalidad*- y otros se ratificaron –por ejemplo, que la violación a los principios es una forma de violación a la moralidad-.

Pese a lo anterior, la moralidad, en esta sentencia de la Sala Plena, tiene como enfoque preponderante el *segundo* que se identificó atrás -aunque no lo parezca-, es decir, que para la Sala Plena el contenido de este derecho es lo que expresan *las normas* que sirven de referencia para analizar las conductas que se reprochan. En este sentido, se afirman dos ideas importantes: i) que la prohibición taxativa de una conducta constituye un referente determinante para identificar una conducta inmoral y ii) que la violación al ordenamiento jurídico no viola *per se* la moralidad administrativa, pero muchas veces sí lo hace.

Sin embargo, la misma providencia de unificación se abrió de manera importante al *primer enfoque* de concreción de los derechos -es decir, el esfuerzo de crear una noción propia, con la cual se revise el comportamiento de las autoridades públicas y hasta del ordenamiento jurídico en general-. La incursión en esta dirección significa que la jurisprudencia no se debe agotar en señalar que el derecho es lo que el ordenamiento objetivamente indique que es, sino que es algo con lo cual el ordenamiento se puede transformar. En este sentido, destacó que se viola la moralidad administrativa cuando se vulneran los *principios generales del derecho*, así es que se trata de algo más que de la pura y simple legalidad.

Este entendimiento procede del *primer enfoque* de formulación de una noción concreta de derecho, aunque lamentablemente se mantiene parcialmente vinculado al segundo, porque al fin y al cabo la moralidad todavía no se define por sí misma sino con referencia a un ordenamiento, aunque no tan positivo: a los *principios generales del derecho*.

La evidencia de que falta avanzar en términos de teoría y de filosofía de los derechos colectivos se entiende con un ejemplo. Si en acción de tutela se examina si determinado comportamiento de la Administración implica un trato discriminatorio contra una persona, el examen del juez no se dirige a mirar una norma para encontrar la respuesta y ni siquiera a los principios generales del derecho -aunque podría hacerlo-. Este juez se apoya en la idea autónoma o en el sentido propio de lo que es el derecho a la *igualdad* para definir el caso, y a partir de ella examina lo que sucede. Claro está, si acaso una norma incide en el proceso de análisis es natural que la considere, pero no es definitiva para concluir si se viola la igualdad.

Este ejemplo revela que el juicio de protección de los derechos fundamentales excede la apoyatura exclusivamente legal, y se eleva hasta llegar a la comprensión constitucional, incluso -en demasiadas ocasiones- se encumbra aún más, hasta apoyarse en un sentido de justicia prístino, directo y sin intermediaciones, derivado de su más primigenia visión.

La moralidad como derecho reclama desentrañar el sentido partiendo de su interior, no del exterior, para que nazca y adquiera la noción pura que alcanzaron los derechos más antiguos. Por esto apreciamos que la apoyatura positiva (moralidad-legalidad) y cuasi positiva (moralidad-principios) domina la comprensión a la que llegó el Consejo de Estado.

Todo indica que la razón pura no les permitió llegar más lejos en esta formulación, aunque se sabía que este proceso de construcción y deconstrucción es lento y tortuoso. Todo indica que será necesario que los casos –la casuística cruel y dura- expongan al juez contra lo incontrovertible, contra la verdad que no es evidente de manera espontánea, para que vea –aunque tarde- casos de inmoralidad en los cuales ni la norma positiva ni los principios llegan, pero la moralidad podrá hacerlo cuando se redefina perfectamente.

Por lo anterior, la moralidad administrativa que defiende la Sala Plena quedó *enclaustrada* en la ley y en los principios, sin darle al mismo juez –por cierto, juez constitucional- la capacidad de desentrañar la moralidad administrativa en otros escenarios, para elevarla a la altura de la jurisprudencia. Así quedarían la ley, los principios y la jurisprudencia -que evalúa cada caso con objetividad-. Esto fue lo que hizo la Corte con todos los derechos fundamentales, cuyo contenido lo creó ella.

Nos parece que aún nos domina una visión eminentemente apegada al contenido de los textos legales en la manera de construir el contenido del derecho a la moralidad administrativa. El esfuerzo declarado es no darle contenidos extra normativos; y si bien los principios del derecho son una buena válvula de escape,

son insuficientes para juzgar como reprochables conductas incorrectas que tienen al país sumido en la inmoralidad. Por eso nos parece que la moralidad es lo que ella significa de manera natural, sin los prejuicios que el derecho le intenta coartar. Esa moral obvia, natural espontánea, la construida por el comportamiento social es la que se debe cuidar a través de la acción popular.

Nuevamente el Consejo de Estado fue inferior a los retos que le puso la Constitución de 1991, porque se le encomendó con esperanza una potente acción judicial nueva y unos modernos derechos constitucionales y legales –los colectivos- para que con esos instrumentos controle, desde otra perspectiva, a la administración y al ejercicio del poder por ella ejercido –no sólo la legalidad-, no obstante, la inercia de dos siglos de existencia lo condujo a entenderlos conforme al sentido tradicional del derecho administrativo, castigando con la falta de creatividad el espíritu de cambio que introdujo el nuevo constitucionalismo.

En medio de todo, la Sala Plena tuvo la sabiduría de no cerrar de un portazo la puerta a la comprensión plena y pura de la moralidad como derecho autónomo, separado de las normas o principios que concretamente reprochen determinado comportamiento. En este sentido, en dos supuestos admitió esa posibilidad: uno inmediato; y otro sujeto a estudio posterior.

El primero, admite que la moralidad se viola cuando se cometen conductas como las que se describen a continuación, todas altamente cargadas de auto-atribución de capacidades al juez popular de analizar la incorrección de un comportamiento:

“... sirven como parámetros la desviación de poder, el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundan la función administrativa; la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal; la conducta antijurídica dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función. Se trata entonces de una concepción finalista de la función administrativa, siempre reglada y de la que siempre se espera que esté al servicio del interés general y para cumplimiento de los fines del Estado.”

(Pág. 56)

Este enfoque sugerido por la Sala Plena autoriza al juez a efectuar una valoración amplia de la conducta realizada contra el contenido de lo que es la moralidad administrativa, venido de principios que facilitan extender su contenido.

El segundo supuesto entregó a la jurisprudencia postrera examinar o verificar la posibilidad de que existan conductas no proscritas expresamente por la ley ni por los principios generales del derecho, pero que afecten la moralidad administrativa. La Sala advirtió que como esos supuestos hoy son “hipotéticos”, hay que posponer la aceptación de la existencia de conductas trasgresoras de la moralidad administrativa no previstas en la ley ni en los principios. Expresó la providencia:

*La Sala Plena no desconoce que existen otros espacios donde tiene manifestaciones la moralidad, pero tratándose de la **moralidad administrativa**, la discusión surge al precisar en qué campo se expresa su violación...*

Sin embargo, lo hipotético del asunto impide a la Sala adoptar una posición definitiva al respecto, por cuanto este caso no ofrece elementos e juicio que permitan llegar a una conclusión sobre este aspecto. Por el momento, y atendiendo el asunto que se debate, la Sala sólo atenderá como manifestaciones de quebrantamiento del ordenamiento jurídico la violación del principio de legalidad y de los principios generales del derecho” (Pág. 60)

Quienes aclaramos el voto no vemos lo hipotéticas de las conductas que violan la moralidad, pese a que no hayan sido recogidas en una norma positiva. Basta un ejemplo: ¿si el acoso sexual no estuviera prohibido por la ley –lo que apenas sucedió hace un par de años-, diría la Sala Plena que el funcionario público que incurra en esta conducta no afecta la moralidad administrativa? ¿Se necesita ley para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo proteja a los afectados?

En conclusión, el sentido sustantivo o autónomo del derecho a la moralidad no está consolidado, pero quedó insinuado en la sentencia de la Sala Plena, de ahí

que la construcción sigue en progreso, hasta que se desprenda de los referentes que hoy tiene –legalidad y principios- y sea algo en sí y por sí mismo, no con referencia a otros conceptos o a un ordenamiento positivo. En ese momento el derecho a la moralidad será lo que deba ser, y el ordenamiento y las conductas humanas y del Estado se revisarán con su luz, con su sentido propio, no con uno prestado de las normas y de los principios.

Claro está que celebramos el hecho de que la aplicación de los principios generales del derecho ya permiten juzgar conductas inmorales con libertad de apreciación, porque su sentido y contenido es más amplio que las reglas, así que el juez administrativo puede desenvolverse con soltura y libertad de apreciación.

3. Ámbito de protección del derecho colectivo a la *moralidad administrativa*: ¿Ejercicio de función administrativa o ejercicio de función pública?

En la providencia de la Sala Plena se advierte una imprecisión adicional, que entendemos con naturalidad no tuvo como propósito reducir el ámbito de protección de la moralidad administrativa, pero conviene hacer esta aclaración. Se trata de la idea expresada en las páginas 56 y 57, donde se manifiesta que: “*La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa...*” Claro está que otros lugares de la providencia se alude a la *función pública*, pero el uso indistinto crea confusión.

De nuestro lado, está claro que el tipo de función pública que ejercen los órganos del Estado –legislativa, judicial, de control electoral, administrativa-, e incluso algunos particulares, no tiene incidencia en la determinación del ámbito de aplicación de este derecho. Somos conscientes de que una lectura exegética de la sentencia se presta para equívocos, pero sabemos que no es la que debe dirigir su interpretación.

En este sentido, el derecho colectivo a la moralidad administrativa no solo es exigible cuando se ejerce la función administrativa, por tanto, también se compromete con ocasión de cualquier función a cargo del Estado. En este sentido, son ilustrativas y contundentes las reflexiones que hizo la sentencia de la Sección Tercera del 30 de agosto de 2007 –exp. 88001233100020040000901-, las cuales se acogen y reiteran:

En segundo lugar, este concepto, pese a la distinción anterior, la cual delimita bastante bien el tema, sigue siendo problemático, porque el adjetivo “administrativo” puesto a la moral sugiere algunas ideas concretas, preconstruidas por el derecho público, y cuyo significado puede darle un giro determinado al alcance del concepto. Veamos por qué.

La primera aproximación que podría dársele al concepto sugeriría que la expresión “administrativa” indica que sólo cuando actúa la rama ejecutiva o administrativa del poder público cabría controlar dichas decisiones por medio de la acción popular. En este orden de ideas, se sostendría que la moral administrativa es propia del ejercicio de la función administrativa, no así del ejercicio de otras funciones públicas. Desde luego que en este primer concepto de aproximación también se incluirían las demás ramas del poder público, siempre que ejerzan, en el caso concreto, función administrativa. Del mismo modo, incluiría a los particulares, siempre que ejerzan esta misma función.

La Sala, sin embargo, descarta esta acepción restringida, y opta por una un poco más amplia, según la cual, para los solos efectos del art. 88 CP., dicho concepto no hace referencia concreta y exclusiva a una función pública, o a quienes extraordinariamente la ejerzan, sino que se refiere al concepto de “moral pública”, como género de la moral política.

En este sentido, el derecho colectivo a la moralidad, en principio, es exigible de todos los órganos que ejercen tareas o actividades a cargo del Estado, en cualquiera de las ramas del poder público, pero no es protegible, a través de

esta acción, la vulneración a este principio, en que incurran las autoridades jurisdiccionales y la legislativa.

Esta interpretación, amplia y garantista, es la que mejor se acomoda a filosofía de la Constitución, así como a los derechos colectivos que se analizan y a la acción a través de la cual se protegen. Otro entendimiento limitaría, innecesaria e injustificadamente, el campo de aplicación de un derecho cuyo propósito no es otro que proteger el ordenamiento jurídico de las desviaciones, provengan de la rama del poder público que provenga.

Incluso, esta idea aplica a toda la rama ejecutiva, sin importar si ejerce una función administrativa. Recuérdese, en este sentido, que en ocasiones algunas entidades estatales realizan tareas que no comportan el ejercicio de la función administrativa. Es el caso de algunas tareas que ejecutan las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, quienes, pese a que no ejercen la función pública en casos concretos, pueden llegar a violar la “moral administrativa” en esos eventos, pues el adjetivo “administrativo”, se insiste, no se relaciona con el ejercicio de la función pública, si no con la ejecución de actividades por parte del Estado.

Este entendimiento es el que mejor se compadece con el art. 88 CP., y con la filosofía político-jurídica que lo inspiró, pues la necesidad de proteger los derechos colectivos fue el sentido que inspiró al Constituyente para crear una acción que defendiera a la comunidad de ciertas acciones del Estado.

Quienes aclaramos el voto recordamos que el sentido de la expresión comentada es el que se esboza en esta otra providencia, entre otras cosas porque la sentencia de la Sala Plena así lo manifiesta en otros lugares de la misma, por ejemplo en la página 57, donde señala: “(i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en *ejercicio una función Pública*.” (Resalto fuera de texto).

4. Tendencias jurisprudenciales en el Consejo de Estado sobre la moralidad administrativa.

Una de las razones de esta aclaración de voto es la organización de los argumentos y las fuentes jurisprudenciales en la motivación de esta providencia, toda vez que siendo una revisión eventual de una acción popular, su finalidad según el artículo 11⁹² de la Ley 1285 de 2009 que modificó la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, es producir una jurisprudencia unificada lo cual no sucede en el presente caso, ya que se realiza una enunciación de sentencias dadas en distintas épocas del Consejo de Estado pero no se fija una postura clara, ni se argumenta con la claridad necesaria en una sentencia que pretende unificar jurisprudencia.

Por ello, se realiza en esta aclaración un recuento de las tendencias jurisprudenciales que han existido en torno a la moralidad administrativa, dejando constancia de que se deja de lado lo que se ha dicho en materia de moral individual y moral social, o entre la relación de moral y derecho.⁹³

4.1. Criterios para la concreción del concepto de moral administrativa

⁹² Artículo 11. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996, el artículo [36A](#), que formará parte del Capítulo Relativo a la organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cual tendrá el siguiente texto:

"Artículo 36A. *Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios.* En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.

Parágrafo 1°. La ley podrá disponer que la revisión eventual a que se refiere el presente artículo también se aplique en relación con procesos originados en el ejercicio de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esos casos la ley regulará todos los aspectos relacionados con la procedencia y trámite de la revisión eventual, tales como la determinación de los plazos dentro de los cuales las partes o el Ministerio Público podrán elevar sus respectivas solicitudes; la insistencia que pueda presentarse respecto de la negativa de la selección; los efectos que ha de generar la selección; la posibilidad de que la revisión eventual pueda concurrir con otros recursos ordinarios o extraordinarios.

⁹³ Para estos temas revisar las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Expediente 88001233100020040000901 (AP), Demandante: Jaime Miguel Torres Padilla, Demandado: Departamento del Archipiélago San Andrés y Providencia y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Aclaración de Voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro a la Sentencia de Unificación de Sala Plena de 15 de julio de 2014, Expediente 110001-0328-000-2013-0006-00, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

Al ser la moral administrativa un criterio jurídico indeterminado, es necesario determinar los criterios mediante los cuales se puede llenar de contenido en cada caso concreto. La Sección Tercera del Consejo de Estado, ha dicho en su jurisprudencia que se debe hacer una delimitación: la primera, consiste en precisar que la moral a que se refiere el artículo 88 constitucional no incluye todo tipo de moral, sino sólo la moral administrativa; y la segunda, se refiere a la calificación de “administrativa”.

En cuanto a la delimitación del adjetivo “administrativa” dada la ambigüedad en algunos casos se ha entendido que “opera solo cuando actúa la rama ejecutiva o administrativa del poder público, estando entonces restringida a la función administrativa y dejando de lado su valoración en las conductas u omisiones de otras funciones públicas. Esta concepción fue superada entendiendo que el art. 88 constitucional no hace referencia concreta y exclusiva a una función pública, o a quienes extraordinariamente la ejerzan, sino que se refiere al concepto de “moral pública”, como género de la moral política”⁹⁴.

En consecuencia, “el derecho colectivo a la moralidad, en principio, es exigible de todos los órganos que ejercen tareas o actividades a cargo del Estado, en cualquiera de las ramas del poder público, pero no es protegible, a través de esta acción, la vulneración a este principio, en que incurran las autoridades jurisdiccionales y la legislativa”⁹⁵. Así entonces, dice la misma providencia que no se puede descartar ninguna forma de expresión de la voluntad del Estado como posible medio amenazante o vulnerante del derecho a la moralidad administrativa.

Las extensiones o restricciones del concepto de moralidad administrativa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha estado ligada a los criterios de legalidad o de principio con que se aborde el tema, por ello se exponen estas variantes que

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Expediente 88001233100020040000901 (AP), Demandante: Jaime Miguel Torres Padilla, Demandado: Departamento del Archipiélago San Andrés y Providencia y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Expediente 88001233100020040000901 (AP), Demandante: Jaime Miguel Torres Padilla, Demandado: Departamento del Archipiélago San Andrés y Providencia y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

en definitiva, son las que han llevado a la concreción del concepto jurídico indeterminado en diversas formas, generando con ello cambios jurisprudenciales, los cuales se esperaban unificar en esta providencia.

4.1.1. La moralidad administrativa asociada al criterio de legalidad. Tesis restrictiva.

La Sección Tercera del Consejo de Estado “ha sostenido, en múltiples fallos que reiteran la misma posición, que la moralidad administrativa guarda una estrecha relación con la legalidad concreta, es decir, que se atenta contra ella si se viola, a su vez, la ley o el ordenamiento jurídico en general. Pero que no toda violación al ordenamiento jurídico implica la vulneración de la moralidad administrativa, porque no siempre las normas involucran un principio o deber moral en su interior”⁹⁶. En este sentido ha dicho la Sala:

En sentencia de noviembre de 2004, que:

“La violación del derecho a la moralidad administrativa implica siempre la vulneración por parte de los servidores públicos de la Constitución o la ley, o la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6 Constitución Política), pero no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto.

En el *sub examine*, se echan de menos esos requisitos. No puede concluirse que por la sola omisión en la transferencia de recursos de una entidad estatal a otra de la misma naturaleza, se afecte la moralidad administrativa, pues, tal como se indicó con anterioridad, el

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Expediente 88001233100020040000901 (AP), Demandante: Jaime Miguel Torres Padilla, Demandado: Departamento del Archipiélago San Andrés y Providencia y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

desconocimiento de ese derecho se presenta cuando la actuación de la administración se encuentra desligada de los fines y principios que regulan la administración, y obedece a finalidades de carácter particular con el objeto de favorecer intereses propios o de terceros con claro desconocimiento de los principios de la administración.

No puede olvidarse que la administración además de cumplir con las obligaciones que le impone el ordenamiento legal también debe tener en cuenta la conveniencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Así, la conducta pudo estar fundada en criterios válidos en algún momento para la administración, como por ejemplo la falta de claridad en el precepto legal, lo que impedía contar con la certeza necesaria para cumplir con la norma.

Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración. Esa prueba se echa de menos.”⁹⁷

En ese mismo sentido, en sentencia de junio de 2005:

“La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.

⁹⁷ Sentencia de 4 de noviembre de 2004. Exp. AP-2305.

Por contera la vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

Así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la C.N.), comprometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no sólo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad.”⁹⁸

Y en agosto del mismo año se dijo que:

⁹⁸ Sentencia de 2 de junio de 2005. Exp. AP-720.

“En efecto, la moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, lleva consigo necesariamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Es menester escindir la violación al principio de legalidad cuya protección es ajena a la acción popular y propia de las acciones ordinarias, de la vulneración a la moralidad administrativa, esta si pasible de protección a través de este mecanismo procesal.

Con este propósito es importante precisar que en veces la violación al principio de legalidad, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio.

Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y corresponde al accionante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad.

Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su

análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación.”⁹⁹

“Esta posición refleja, perfectamente, la estrecha relación que existe entre legalidad y moralidad, justificada para proteger a los individuos de la tiranía de los valores, es decir, del riesgo que se corre de que cualquier juez diga, en cada caso concreto, qué es lo moral y lo inmoral, al margen de las normas positivas, sorprendiendo, por tanto, a las personas involucradas en la toma de un decisión pública”¹⁰⁰.

4.1.2. La moralidad administrativa asociada al criterio de principios generales del derecho.

La teoría de principios como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en mayor o menor medida, se convierte en un criterio para determinar la vulneración de la moralidad administrativa.

Esta posición se insinuó, en los siguientes términos, en la sentencia de junio de 2001 -exp. AP 166 de 2001-. Dijo en esa ocasión esta Sección que:

‘(...) en otra oportunidad¹⁰¹, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal¹⁰², pues el ‘Estado de

⁹⁹ Sentencia del 24 de agosto de 2005. Exp. AP- 00601.

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Expediente 88001233100020040000901 (AP), Demandante: Jaime Miguel Torres Padilla, Demandado: Departamento del Archipiélago San Andrés y Providencia y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁰¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

Derecho es... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo¹⁰³.

‘De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas¹⁰⁴’ “.

Posteriormente, en sentencia del 31 de mayo de 2002, se dejó en claro que:

“La moral administrativa como principio constitucional está por encima de las diferencias ideológicas y está vinculada a que el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, con la debida diligencia y cuidado que permitan que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y se apersonen de él.”¹⁰⁵

En esta misma línea doctrinaria la Sentencia de febrero 21 de 2007, exp. AP-0355-, aplicando los principios generales del derecho al caso concreto, que:

“3.1.3 El actor también acusó al Ministerio de haberse apartado de los principios constitucionales y legales que orientan la función pública, y también de los principios consagrados en la ley 100 de

¹⁰² Ver, entre otras, Corte Constitucional T 406 de 1992.

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170.

¹⁰⁴ LARENZ, Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid 1993. P 37.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sentencia AP-300 del 31 de mayo de 2002. M. P. Ligia López Díaz.

1993, para garantizar el servicio público esencial de la salud, al no dar celeridad al pago de los recursos de la salud, apoyado en consideraciones de orden formal o simples trámites burocráticos administrativos, que han llevado a la acumulación de solicitudes y entorpecen el flujo del recursos de la seguridad social.

“Respecto a esta censura, se considera que dentro del ejercicio de la función pública, las autoridades deben obedecer al marco de legalidad, pues éste es uno de los principios del Estado Social de Derecho y fundamento rector del ejercicio de la actividad administrativa, y lo cierto es que las exigencias para las reclamaciones de recobro están previstas en reglamentaciones normativas, que definen y delimitan la actuación de quien ejerce esa función estatal.

“No obstante lo anterior, para la Sala el retardo mismo en tramitar los reclamos y pagar las cuentas, no así los requisitos exigidos para admitirlas, afecta la moralidad administrativa, porque la desarticulación de este componente de la seguridad social atenta contra los principios y valores que inspiran la prestación del servicio, como los de eficacia, universalidad y unidad, definidos en el art. 2 de la ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

‘a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

‘b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; (...)

‘e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y’

“El incumplimiento de los plazos previstos en la regulación, en forma por demás severa, según se vio en el análisis probatorio, afecta estos principios rectores del funcionamiento de la seguridad social, y no se puede permitir que se perpetúe ese estado de cosas, contrario a los derechos colectivos, sin que se adopten medidas radicales para resolver los problemas que afectan a la comunidad completa.

“Esta decisión se adopta no obstante que el Estado ha tomado medidas para tratar de superar los problemas analizado, pero es claro que no han sido suficientes ni óptimas para resolver todas las dificultades.

“Por las anteriores razones la Sala encuentra acreditada la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.”

En la misma perspectiva anotada, dijo la Sección, el mismo 21 de febrero de 2007 –exp. AP. 549-, que:

“La moralidad administrativa, en cuanto principio constitucional y legal que orienta la función administrativa, hace parte de la ‘legalidad’ que esta debe observar, pero de manera alguna esto significa que se manifieste únicamente a través de reglas y límites para el ejercicio de esta función, pues como se observó detenta un valor normativo de manera autónoma a más de manifestarse también como expectativa de la comunidad. No pueden confundirse entonces los principios de legalidad y moralidad administrativa, aunque existe una estrecha relación entre ellos.

“Puede decirse entonces que es viable constatar una violación al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa simplemente con la verificación del quebrantamiento de una norma legal que la desarrolle de manera directa e inequívoca como principio; sin embargo, en las más de las veces no ocurre así, pues aunque exista (y debe existir) una norma como referente, se hace necesario un desarrollo interpretativo y argumentativo del juez en cada caso, capaz de demostrar la efectiva violación o amenaza al derecho o interés colectivo a partir del análisis de la relación entre la moralidad administrativa entendida como principio y esta.

4.1.3. La moralidad administrativa en sentido extenso.

Esta propuesta formulada en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado plantea que dentro de “las alternativas posibles de control de la moralidad puede el juez verificar tanto los “fines” de la acción administrativa, como los “medios” empleados para obtenerlos, pudiendo ocurrir que alguno de ellos no tenga prescrito en la ley un modo de acción concreto, no obstante lo cual el mecanismo de actuación empleado podría resultar inmoral.

Estas dos técnicas de control a la moralidad dan cuenta de la amplia posibilidad protectora que tiene el juez para reconducir las acciones administrativas hacia los más correctos modos de obrar. Estas posibilidades requieren, no obstante, ingentes esfuerzos judiciales de comprensión y asimilación del problema, que sólo es posible lograr a través de las acciones populares, no a través de las acciones convencionales que protegen la legalidad pura.

En este orden de ideas, el juez debe verificar si el fin empleado es aceptable, y si los medios para alcanzarlos lo son igualmente. De este modo, puede ocurrir que un fin público inaceptable se realice por medios aceptables, o que un fin público aceptable se lleve a cabo por medios inadmisibles, desde el punto de vista moral.

Todos estos aspectos de la acción requieren de un control, y bastaría con que un elemento de la cadena de la realización de las acciones administrativas se rompa, para que la protección, a través de la acción popular, deba actuar”¹⁰⁶.

Concluye la sentencia que hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva –la Constitución, la ley, los reglamentos, y en general o cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-; lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho¹⁰⁷. Finalmente, iii) 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. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Expediente 88001233100020040000901 (AP), Demandante: Jaime Miguel Torres Padilla, Demandado: Departamento del Archipiélago San Andrés y Providencia y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁰⁷ El Profesor Hernán Valencia Restrepo, en *Nomoárquica, Principialística jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho*, propone, con rigor científico, que los principios generales cumplen tres funciones en el derecho: Función creativa, función interpretativa y función integrativa –págs. 67 a 124-. Además de explicar el sentido de cada una de estas funciones, expone, magistralmente, la manera como cada una de ellas se desenvuelve en el “caso concreto”. También señala que, con su ayuda, “... el derecho es, se hace o se conoce.” (pág. 69) (Ed. Comlibros. Cuarta edición. Medellín. 2007)

¹⁰⁸ Sección Tercera, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Expediente 88001233100020040000901 (AP), Demandante: Jaime Miguel Torres Padilla, Demandado: Departamento del Archipiélago San Andrés y Providencia y otros, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Esta postura frente a la moralidad administrativa se reitera en la sentencia de 2 de diciembre de 2013¹⁰⁹ y es confirmada en la sentencia de 29 de agosto de 2014¹¹⁰ en la cual se afirma que:

“En lo que toca con el alcance del juicio de moralidad y las medidas que al juez popular le corresponde adoptar cuando ese derecho es vulnerado o amenazado en el ámbito de la actividad contractual del Estado, la Sección Tercera tiene por establecido que, dado su carácter principal, independiente y prevalente, se trata de hacer prevalecer, en cada caso concreto, un valor constitucional con fuerza normativa vinculante, que alcanza mayor jerarquía que el principio de la legalidad, en tanto la moralidad no se agota en este, sino que trasciende a valores que la sociedad reclama de la administración, así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos. En particular, ha señalado la Sección Tercera que el juicio de moralidad sobre la actividad contractual se orienta a la sujeción de los deberes de corrección que exigen la conformidad de las actuaciones de la administración con el interés general, esto es que los contratos de las entidades públicas no se utilicen con fines distintos o contrarios a los estatales”.

4.1.4. A manera de síntesis

El Consejo de Estado ha tenido tres posturas en cuanto a la concreción de la vulneración de la moralidad administrativa, bien sea porque ella se dé cuando se transgrede una disposición, o un principio o cuando el juez del caso concreto determine con las técnicas de delimitación de los conceptos jurídicos indeterminados que efectivamente existe una vulneración a la moralidad administrativa en el caso concreto.

Nuestra postura avoca por este último planteamiento, ya que dado el carácter dual de la moralidad administrativa (principio y derecho) no es posible afirmar que ésta sólo resulta afectada cuando medie una positivización, ya que en un estado social

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de diciembre de 2013, expediente: 76001-23-31-000-2005-02130-01 (AP), Demandante: Rodrigo Valencia Caicedo, Demandado: Empresas Municipales de Cañi- EMCALI E.I.C.E. E.S.P y Otro, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 29 de agosto de 2014, expediente: 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP), , Demandante: Juan Carlos Ortiz Cristancho, Demandado: Ministerio de Transporte y Otros, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo

de derecho, en donde la tutela efectiva de los derechos es uno de los estándares de la función judicial no solo a nivel nacional sino también global, gracias a figuras como el control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad, la garantía y maximización de los textos legales y constitucionales deben ser analizadas conforme a los contextos y particularidades de cada caso concreto, las cuales sólo el juez de conocimiento puede valorar en su conjunto y con el respeto al sistema jurídico existente.

Esta postura no contraviene el principio de legalidad como algunos sostienen, sino que por el contrario, lo fortalece, pues se aparta de los silogismos categóricos en donde difícilmente en temas como el de la moralidad administrativa cuya textura es abierta, podría encontrarse un supuesto de hecho que enmarcara concretamente su vulneración. Por otra parte, en una cultura de la ilegalidad y la corrupción como la que pretende combatir este principio- derecho colectivo constitucional, atar al juez a lo positivizado para decidir los casos y no poder valorar los contextos, significa desvirtuar la voluntad del constituyente y dejar desarmada a la jurisdicción para su labor de aportar con sus providencias a un orden social justo y armónico.

En los términos expresados dejamos sustentadas nuestras consideraciones sobre el derecho colectivo a la moralidad administrativa y la acción popular.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Consejera de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)

Actor: FERNANDO TORRES Y OTRO

Referencia: ACLARACION DE VOTO – RAMIRO PAZOS GUERRERO

Si bien comparto la decisión de fondo de la sentencia del 1 de diciembre de 2015 de infirmar la sentencia del 19 de diciembre de 2008, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Administrativo del Circuito de Bogotá, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda de la acción popular presentada por los señores Fernando Torres y Alberto Bravo Cortés en contra del Distrito Capital, la Federación Colombiana de Municipios y el Ministerio de Transporte, me permito exponer el criterio que fundamenta la aclaración de voto, así:

(i) Precisa recordar que en el presente asunto se pretendía dejar sin efectos la sentencia del 30 de abril y su complementaria del 29 de septiembre de 2009, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, mediante la cual se confirmó la sentencia del 19 de diciembre de 2008, por la que el Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá protegió los derechos colectivos a la moralidad pública, la seguridad y el patrimonio público de los accionante por el no pago a la Federación Colombiana de Municipios del 10% de los dineros recaudados desde el 7 de agosto de 2002 por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, tal como lo ordenaba el artículo 10 de la Ley 769 de 2002.

(ii) Durante la discusión de la providencia que aclaro, consideré importante precisar si se estaba frente a un derecho colectivo o a una pretensión subjetiva de la Federación Colombiana de Municipios. En la providencia se partió de la procedencia de la acción, sin mayor desarrollo sobre el particular, lo que daría lugar a entender que para la sentencia está en juego la protección de un derecho colectivo, en el caso concreto el de moralidad pública.

A mi juicio bien puede sostenerse que las pretensiones de la acción popular encaminadas al pago ordenado por el artículo 10 de la Ley 769 de 2002 evidencian un interés subjetivo, pero no colectivo. Sin caer en la distracción de la presentación de una demanda por unas personas, en principio, ajenas al directamente beneficiado.

La doctrina nacional ha señalado que un derecho colectivo *“es un derecho que tiene como titular a una colectividad (o grupo de individuos)”*¹¹¹. Así las cosas, la pregunta que se impone es cuál es el grupo al que pertenecen los señores Fernando Torres y Alberto Bravo Cortés. ¿Será suficiente con alegar la violación al derecho colectivo a la moralidad pública, como consecuencia del desconocimiento de la ley, para considerarse parte de un grupo o una colectividad? No será que de esa forma se corre el riesgo de colectivizar toda vulneración a la ley.

En línea con la doctrina nacional citada, se distinguen dos definiciones sobre los derechos colectivos: una amplia y una estricta¹¹². La primera, en línea con la doctrina extranjera exige *“que pueda ser ejercido (...) en una de las siguientes alternativa. Primero, el derecho sólo puede ser ejercido en forma no individual. En este caso los individuos, como tales, no tienen la titularidad del derecho (...). Segundo, algunos derechos grupales tienen lo que puede llamarse una posición dual: cualquier individuo que es miembro del grupo puede ejercerlos (...), o el derecho debe ser ejercido no individualmente sino mediante un mecanismo colectivo por algún agente o agentes en nombre del grupo”*¹¹³. Según esta definición un derecho colectivo fomenta exclusivamente beneficios colectivos y sólo puede ser puesta en marcha a través de mecanismos colectivos.

La definición restringida exige que se cumplan tres condiciones, a saber: *“primero, éste existe porque un aspecto del interés de los seres humanos justifica tener a alguna persona o personas sujetas a un deber. Segundo, los intereses en cuestión son los intereses de individuos miembros del grupo y se entienden como intereses en beneficio público; el derecho colectivo es un derecho a ese bien público porque le sirve a los intereses de los seres humanos como miembros del grupo. Tercero,*

¹¹¹ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, 2ª Edición, Legis Editores S.A., 2012, Bogotá, p. 72.

¹¹² *Ibíd.*, pp. 80 a 82.

¹¹³ Cita original del autor en cita: A. Buchanan (nota 38), p. 3.

*el interés de ninguno de los miembros individualmente considerado es suficiente en sí mismo para justificar el tener a otra persona sujeta a un deber*¹¹⁴.

Cualquiera sea la definición que se acepte de los derechos colectivos, lo cierto es que estos *“tienen como finalidad el aseguramiento de beneficios que sólo pueden ser disfrutados de manera colectiva. Ello porque el beneficio del que se trata en el caso de los derechos colectivos no es un bien divisible (...). A la inversa, los derechos que pueden ejercerse individualmente, no son derechos colectivos”*¹¹⁵. Difícilmente podría sostenerse que en el *sub lite*, en el evento de una sentencia favorable, se honrarían sólo derechos de un grupo o una colectividad, en tanto también están comprometidos derechos que sólo interesan a la Federación Colombiana de Municipios, quien bien podría haber presentado una acción de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar la interpretación que sirvió a la administración para abstenerse de pagar la consabida obligación legal.

En los anteriores términos, consideró que la decisión que correspondía era infirmar la sentencia cuestionada, como lo hizo la sentencia que aclaro, pero para inhibirse de una decisión de fondo por indebida escogencia de la acción.

(iii) Además, insistí en la discusión que de aceptarse la procedencia de la acción popular, que a mi juicio resultaba improcedente, debían revisarse las conclusiones donde se afirma que en la sentencia objeto de revisión no se cumplió con el requisito subjetivo, como quiera que el *a quo* afirmó que fue la interpretación forzada de la norma la que llevó al distrito a sustraerse de una obligación legal. Además, sostuvo que la sustracción de esa obligación generó una *“vergonzosa deuda que denota incuria, ineficiencia, indolencia y poco aprecio por el patrimonio público nacional”*. Los anteriores apartes, a mi juicio, ponen de manifiesto que sí existió un reproche subjetivo de la conducta del servidor público en la sentencia que es objeto de revisión, en tanto se juzgó como abiertamente contrario a la ley la interpretación que hizo de la obligación y que se valió de ella para sustraerse del cumplimiento de la misma, de lo que se sigue que no consultó el interés general contenido en la norma.

En los anteriores términos, dejo rendida mi aclaración.

¹¹⁴ Cita original del autor en cita: J. Raz (nota 46), p. 208.

¹¹⁵ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *Ob. cit.*, p. 82.

Respetuosamente,

Fecha ut supra

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)

Actor: FERNANDO TORRES Y OTRO

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

A continuación expongo las razones que me llevan a disentir de la sentencia en el asunto de la referencia, teniendo en cuenta el siguiente orden expositivo: i) la solicitud de unificación jurisprudencial en el *sub lite*; ii) el desconocimiento de los principios constitucionales orientados a exigir que las autoridades públicas – incluidos los jueces–, velen por la efectiva materialización de los derechos y garantías constitucionales, entre ellas, la acción popular establecida en el artículo 88 superior, habida cuenta que con las cargas impuestas al actor popular y las exigencias al juicio de moralidad administrativa introducidas por la posición mayoritaria de la que disiento se limita sustancialmente el alcance de esa acción; iii) la improcedencia de la acción ejercida para amparar los derechos subjetivos patrimoniales invocados por los actores en el caso concreto y iv) la omisión del deber de remitir copia del expediente para lo de competencia del órgano que tiene a su cargo la investigación de los funcionarios judiciales, fundada en razones ajenas al ordenamiento.

1. El tema sobre el cual versó la solicitud de unificación jurisprudencial en el *sub lite*

Los actores pretenden que se ampare el derecho a la moralidad administrativa, vulnerada, a su juicio, porque el Distrito Capital se niega a girar a la Federación Colombiana de Municipios \$24.000.000.000, suma correspondiente al 10% recaudado por multas de tránsito que la Ley 769 de 2002 destina a la

implementación y mantenimiento del Sistema Integrado de Información sobre Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito –SIMIT-. En ese orden, procuran que i) se hagan efectivos los pagos que ha incumplido el Distrito, ii) el Ministerio de Transporte adopte las medidas dispuestas legalmente para coadyuvar el cumplimiento y iii) se reconozca el incentivo económico de que trata el artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

El *a quo* protegió los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la seguridad y el patrimonio público. Al efecto dispuso que i) en el término de quince días siguientes Alcaldía Distrital transfiera el 10% de los dineros recaudados por las multas desde el 7 de agosto de 2002 hasta la ejecutoria de la sentencia; ii) el Ministerio de Transporte se abstenga de autorizar al Distrito Capital la expedición de especies venales y iii) se pague a los actores y al coadyuvante el equivalente al 15% del valor que el Distrito transfiera a la Federación Colombiana de Municipios.

El *ad quem* resolvió la impugnación del Distrito Capital, el Ministerio de Transporte y el Ministerio Público en el sentido de confirmar la sentencia apelada, en cuanto consideró que i) el Distrito no ha cumplido los deberes impuestos por el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, prevalido de interpretaciones erradas y forzadas que no se sujetan a las disposiciones legales, con afectación de los intereses generales y fines estatales perseguidos con las transferencias dispuestas por la ley y ii) el Ministerio de Transporte ha propiciado con sus actuaciones que el Distrito Capital persista en la omisión de sus deberes.

El Distrito Capital, el Ministerio de Transporte y el Ministerio Público pidieron que se revise la sentencia y se adopten criterios unificados en lo relativo a la procedencia de la acción ejercida, en cuanto consideran que la popular no procede para i) dirimir conflictos como el promovido por los actores populares para obtener el pago de obligaciones en favor de particulares; ii) exigir el cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley que debe ser demandado a través de la acción de cumplimiento; iii) adelantar el juicio de moralidad sin sujeción a la legalidad y sin que el actor popular cumpla la carga de la prueba de acreditar los actos de corrupción imputables al funcionario que actuó con el fin de favorecer intereses particulares; iv) reconocer el incentivo económico sobre un porcentaje del dinero recaudado por una entidad privada en virtud de la sentencia y v) decidir *extra petita* sobre el amparo deprecado y sin sujeción a los límites del recurso.

Esto último, por cuanto considera el Distrito Capital que el *a quo* decidió más allá de lo pedido por los actores populares, decisión que fue confirmada por el *ad quem*, además de que este se pronunció por fuera de los límites del recurso de apelación.

La sentencia objeto de revisión eventual fue suspendida mediante fallos de tutela, proferidos el 10 de abril de 2009 por la Sección Cuarta de esta Corporación y el 12 de abril de 2010 por la Corte Constitucional, para amparar los derechos fundamentales del debido proceso y la igualdad.

Por auto del 22 de octubre de 2010, la Sección Segunda de la Corporación seleccionó la sentencia objeto de revisión eventual, con el fin de unificar lo relativo a *“i) la procedencia de la acción popular habiendo sido utilizados o existiendo otros mecanismos de defensa judicial; ii) el concepto de lo que debe entenderse como derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público; (ii) los presupuestos para el reconocimiento del incentivo en las acciones populares en que se invoque el derecho colectivo a la moralidad administrativa, tema que se condicionó a la decisión que se adoptara en la sentencia que pusiera fin a la revisión eventual y iv) la trascendencia e importancia social del asunto”*.

En esos términos, la competencia *ratione materiae* de la Sala Plena se sujetó a la necesidad de unificar lo que debe entenderse por el derecho a la moralidad administrativa, concepto sobre cuyo contenido se concluyó que nada puede unificarse, porque *«...no se puede pretender una definición exacta de moralidad administrativa, pues ello además de ser una labor compleja en cuanto tendría que abarcar de manera rigurosa los supuestos de conducta humana atentatorios de ese derecho, con el peligro de que escape a esa definición alguno en especial, es difícil conceptualizar jurídicamente un aspecto del comportamiento humano que es guiado por un entorno axiológico tan amplio, como tan amplio es el concepto de “moral”»* -pág. 55-.

Es entendible que la moralidad administrativa no puede conducirse por la exactitud que, valga decirlo, ni siquiera reclaman hoy en día los conceptos que sirven a las llamadas ciencias puras o duras, empero, ello no obsta para que la jurisprudencia se ocupe de la forma y contenido de ese principio supremo, sin otra pretensión que la eficacia del ordenamiento, en especial, las garantías constitucionales.

Es que no puede pasarse por alto que la exactitud, en cuanto propia de lo cuantitativo e inmutable, *per se* es ajena a la justicia que se sustenta principalmente en lo cualitativo, campo al que se llega mediante la interpretación, la ponderación y la gradación.

En ese sentido, la renuncia a la construcción del contenido de la moralidad administrativa fundada en razones de exactitud equivale a que se niegue injustificadamente que ese valor supremo sea objeto de la justicia.

¿Qué razón le valió a la posición mayoritaria de la que me aparto, para demeritar el contenido que la jurisprudencia unificada de la Sala Plena de la Sección Tercera, competente en la materia, le atribuye a la moralidad administrativa en el sentido de que, conforme con las disposiciones del artículo 88 constitucional, se trata del conjunto de –se destaca- “...valores que la sociedad reclama de la administración así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos, para el efecto la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos”¹¹⁶?

La decisión de la que disiento no da cuenta de las razones por las cuales la posición mayoritaria ignoró esa jurisprudencia unificada de la Sección Tercera, sencillamente porque se negó a analizarla como debía hacerlo, dado que se trataba de la unificación de la jurisprudencia en la materia, pese a las sugerencias y observaciones de la suscrita en ese sentido.

Pero es que, además, son de lamentar las razones aducidas por la posición mayoritaria de la que me aparto, en el sentido de no apersonarse del contenido del valor supremo de que se trata fundada en la complejidad que reviste el estudio de las conductas humanas. No hacen falta mayores esfuerzos para darse cuenta de que, en cuanto la simple conducta humana no determina la moralidad administrativa, no puede hacerse de aquella el núcleo constitucional del valor supremo del que se trata.

¹¹⁶ Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia unificada del 2 de diciembre de 2013, radicación AP-760012331000200502130 01.

Pero, aún de admitirse la posición que no comparto, si en el objeto material del derecho y la justicia se comprenden las conductas humanas ¿acaso resulta válido que el juez se sustraiga del cumplimiento de sus deberes aduciendo la complejidad de ese objeto?

Para el caso que ocupa la atención, como claramente lo señala artículo 88, son los derechos, valores y demás intereses colectivos relacionados con la moralidad administrativa los que constituyen su núcleo constitucional protegido y no exclusivamente la conducta humana, como lo entendió la posición mayoritaria.

Asimismo, desde hace décadas la reiterada y sólida jurisprudencia de la Corporación tiene por sentado que los juicios ante esta jurisdicción, sobre la sujeción de la actividad de la administración al ordenamiento y deberes estatales, proceden al margen de la conducta humana, en tanto lo relevante tiene que ver con la adecuación de la función y el servicio públicos, objetivamente considerados, a los fines y deberes estatales.

Cabe, entonces, preguntarse ¿si los juicios de nulidad, restablecimiento y reparación que sirven principalmente a la eficacia del principio de legalidad, los derechos particulares y la adecuación del servicio a los fines estatales se adelantan al margen de la conducta humana, como lo desarrolló la jurisprudencia al amparo de la falla del servicio objetiva, por qué los juicios de moralidad administrativa, que, con mayor razón, atienden a la prevalencia de un valor supremo, los derechos e intereses colectivos y los fines superiores, deben subjetivarse?

Es que ni siquiera la desviación del poder que sirve de causa a la nulidad y el restablecimiento del derecho, se aborda por la Corporación como un juicio subjetivo en contra y para castigar al funcionario.

Sencillamente, a la posición mayoritaria le pareció que debía sujetar la moralidad administrativa a la conducta humana al margen de la función y el servicio públicos objetivamente considerados, sin otra razón que su verdad sabida y guardada, no tolerada cuando se trata de fallar en derecho, como debe hacerlo esta jurisdicción.

Ahora, pese a que en torno a la materia respecto de la cual se asumió el conocimiento del asunto nada se unificó, esto es, sobre “...*el concepto de lo que debe entenderse como derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público*”, la posición mayoritaria procedió a pronunciarse sobre –se destaca– **“la determinación [o configuración] de su transgresión”**, “...*con el ánimo de efectuar una consolidación conceptual y de esta manera cumplir con el propósito del mecanismo excepcional de revisión*”, haciendo la salvedad, eso sí, en cuanto a que “...*lo hipotético del asunto impide adoptar una posición definitiva al respecto, por cuanto este caso no ofrece los elementos jurídicos que permitan llegar a una conclusión sobre este aspecto*” -pág. 60-.

Con todo y las salvedades de la posición mayoritaria, en torno a que la decisión de la que me aparto no contiene criterios unificados sobre el alcance de la moralidad administrativa y mucho menos constituye precedente en materia de *“la determinación de su transgresión”*, dado el reconocimiento expreso de tratarse asuntos hipotéticos no predicables del caso concreto del que no puede escindirse el carácter vinculante del precedente judicial, no puedo dejar de expresar mi disenso sobre los elementos traídos a colación por la posición mayoritaria a título de *“consolidación conceptual”*, en tanto i) desnaturalizan el carácter normativo, principialístico, garantista y colectivo atribuido constitucionalmente a la moralidad administrativa; ii) vacían de contenido las acciones dispuestas en el ordenamiento para juzgar la conducta de los funcionarios y iii) limitan injustificadamente el alcance de la acción popular, todo ello en perjuicio de la efectiva materialización de los derechos y garantías constitucionales. Como expongo en seguida.

2. El desconocimiento de los principios constitucionales orientados a exigir que las autoridades públicas –incluidos los jueces–, velen por la efectiva materialización de los derechos y garantías constitucionales, entre ellas, la acción popular establecida en el artículo 88 para adelantar el juicio de moralidad administrativa

Con fundamento en jurisprudencia de varias de las Secciones de la Corporación la posición mayoritaria concluye, en síntesis, lo siguiente sobre los aspectos esenciales del juicio de moralidad administrativa:

i) en cuanto al objeto del juicio que corresponde adelantar al juez popular, se cita abundante jurisprudencia conforme con la cual tiene como fin el de verificar la sujeción de la actividad administrativa a los fines estatales, empero, hace prevalecer el fin de enjuiciar y castigar la conducta del funcionario público antes que los fines superiores.

Así, a partir de criterios subjetivos ya superados por la Sala Plena de la Sección Tercera, no considerados en esta oportunidad como debió ser dado que se trataba de la misma materia, concluye la posición mayoritaria que el control de moralidad **tiene como fin enjuiciar la actuación de los funcionarios**, al punto que no se puede adelantar sin enjuiciar –se destaca- **la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, conductas arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública**” -pág. 60-, pues, **“...el cumplimiento de este presupuesto permite que el juez popular tenga la seguridad de que está castigando realmente las conductas desviadas o deshonestas de los servidores en el ejercicio de sus funciones...”** -págs. 61-.

ii) Ata la aplicación de la moralidad administrativa al ejercicio de funciones públicas, sin considerar otros ámbitos de la actividad estatal regidos por la moralidad y sujetos a la acción popular -pág. 56-;

iii) define la legalidad y los principios generales del derecho como “*elementos esenciales*” de la moralidad administrativa y limita la inmoralidad a la violación de la ley y otros principios, distintos de la moralidad aunada a las conductas desviadas o deshonestas de los funcionarios públicos -págs. 59 y 60- y

iv) atribuye al actor popular la carga de la “*imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa*” y le impone la carga probatoria -págs. 61 y 62-.

Esos criterios sobre el fin del juicio de moralidad, los “*elementos esenciales*” de la moralidad administrativa, su amenaza, vulneración y la carga de la prueba traídos en la decisión de la que disiento, contradicen las disposiciones constitucionales, de la Ley 472 de 1998 y desconocen la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera que conforme con el Reglamento de la Corporación tiene a su cargo la competencia en lo relativo al juicio de moralidad administrativa.

2.1. En efecto, del rango constitucional atribuido en 1991 a la milenaria acción popular se deriva su carácter público, estrechamente ligado con la necesidad reconocida por las y los constituyentes de ampliar los instrumentos de participación democrática en el ejercicio y control del poder en cualquiera de sus manifestaciones –tanto públicas como privadas–, principalmente cuando éste se ejercita de manera desviada, arbitraria o desproporcionada lo que incide, a su turno, en el desconocimiento de derechos constitucionales.

El anterior reconocimiento, con miras a contribuir significativamente en la realización del principio de solidaridad en un Estado social de derecho¹¹⁷, en lo que toca con la protección de bienes de titularidad difusa y, por lo mismo, generalmente abandonados, ignorados o desconocidos, empero, que más allá de los intereses particulares, tienen que ver con la vida, salud, integridad, tranquilidad, entre otros, de los que pende no sólo el bienestar de cada una de las personas consideradas individualmente sino la propia supervivencia y desarrollo de la comunidad.

Como lo recalca la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el ejercicio de las acciones populares confluyen las dimensiones política que realza el elemento participativo democrático y social, en la que se destaca el derecho de la ciudadanía a representar, del mismo modo, que a gestionar los intereses de la comunidad encaminándose, por consiguiente, a hacer efectiva la aplicación del principio de solidaridad y a darle debida prelación al interés general.

La naturaleza peculiar de las acciones populares se expresa además, como lo enfatiza la Corte, en que, i) en tanto instituidas constitucionalmente para proteger derechos e intereses colectivos, pueden ser instauradas por cualquier persona natural o jurídica a nombre de la comunidad, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley; ii) su objetivo consiste en hacer efectiva la protección por vía judicial de los derechos e intereses colectivos vulnerados o amenazados de vulneración, bien sea por la acción u omisión de las autoridades públicas o de las personas particulares que obren en desarrollo de funciones administrativas; iii) persiguen el fin público orientado a amparar intereses generales que se encuentran radicados en cabeza del conjunto de la

¹¹⁷ Cfr. en especial las sentencias C-215 de 1999; C-1062 de 2000; C-377 de 2002 y C-569 de 2004.

comunidad social lo que excluye motivaciones de orden privado, subjetivo o particular y iv) con carácter *preventivo*, pues se proponen impedir que se produzca un daño contingente; *suspensivo*, dado que buscan hacer cesar el peligro o la amenaza de vulneración o el agravio y *restitutorio* o *restaurativo*, por cuanto pretenden devolver las cosas a su estado anterior. En todo caso, ajena a los fines sancionatorios o expiatorios que quiere hacer prevalecer la posición mayoritaria de la que disiento.

En ese orden, las acciones populares no sólo adquieren una impronta constitucional de primer orden sino que además les es propia una múltiple dimensión toda vez que participan de una naturaleza preventiva, tutelar de los derechos e intereses colectivos y son, a la vez, depositarias de un atributo pedagógico igual que generador de conciencia sobre la necesidad de preservar, como se dijo, bienes indispensables para la subsistencia, conciencia esta, no siempre despierta o alerta frente a los peligros y amenazas que sobre ella se ciernen.

En consecuencia, conviene insistir en que las acciones populares no se rigen de conformidad con los cánones tradicionales del derecho procesal, entre los cuales predomina un acento formal. Al contrario, su articulación procesal debe tener lugar bajo estricta consideración de aspectos sustanciales propios de estas acciones y ha de operar teniendo en cuenta que los bienes jurídicos que con ellas se busca proteger se encuentran al servicio del interés general y superan, en ese orden, una perspectiva meramente individualista, privatista o subjetiva.

Importa, asimismo, señalar que la consecución de este propósito dependerá en gran medida de la existencia de una mentalidad dispuesta, por un lado, a comprender la importancia constitucional de estos instrumentos de protección de derechos cuya titularidad corresponde a la colectividad en general al tiempo que propensa a entender el alcance de las metas que con su ejercicio se quieren obtener en armonía con los lineamientos trazados por las y los constituyentes quienes al señalar la importancia de estas acciones manifestaron:

“(...) la dimensión e importancia de los derechos colectivos se evidencia cuando se vulneran o se desconocen los intereses que ellos encarnan, ya que, en tales circunstancias, se produce un agravio o daño colectivo. Así acontece, por ejemplo, cuando se afectan de manera negativa el medio ambiente y los

intereses de los consumidores. La lesión resultante perjudica, con rasgos homogéneos, a un conjunto o a todos los miembros de la comunidad, y, por tanto, rebasa los límites de lo individual”¹¹⁸.

2.2. La proyección de esos atributos tan particulares de las acciones populares permite entender el carácter especial y ajeno al formalismo del que se reviste a las ordinarias, con el que la Ley 472 de 1998 reguló aquellas, a cuyo tenor resulta imperativo que el juez popular garantice eficazmente que la actividad de la administración se sujete a los fines superiores y en el juicio de moralidad haga prevalecer esos valores supremos antes que el fin de enjuiciar y castigar las conductas de los funcionarios públicos, para lo cual están dispuestas otras acciones en el ordenamiento.

En ese orden, si entre los requisitos que el ordenamiento exige para la presentación de la demanda y procedencia de la acción no se encuentra el consistente en la *“imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa”*, no es dable que se sujete la procedencia de juicio de moralidad a ese requisito, máxime cuando la carga de la imputación que la posición mayoritaria pone en cabeza del actor popular i) tiene que ver con la responsabilidad personal del sujeto a través del cual las entidades públicas ejercen las funciones, propia de otras acciones ordinarias y ii) le corresponde ser decidida al juez natural a partir de los hechos y pruebas allegados a esos procesos.

¿Cómo justificar que se imponga al actor popular la carga de la imputación de la responsabilidad personal del funcionario público, relativa a los hechos de corrupción, la desviación de poder, en fin, el favorecimiento de los intereses personales por los que debe asumir su responsabilidad, en un juicio que tiene como fin sujetar la actividad de la administración a los fines superiores del Estado para hacer prevalecer el derecho colectivo a la moralidad administrativa al que tiene derecho la comunidad?

¹¹⁸ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe de ponencia para primer debate sobre derechos colectivos, Ponentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero, en GACETA CONSTITUCIONAL No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, Pág. 21 y 25. Vid. igualmente GACETA CONSTITUCIONAL No. 58, Bogotá, miércoles 24 de abril de 1991, p. 6.

¿A caso la expiación del funcionario responsable, a título de la culpa o el dolo a los que la posición mayoritaria subordina el juicio de moralidad son más importantes que la adecuación de la actividad administrativa a los fines supremos del Estado, por la que propenden las disposiciones de los artículos 2º, 88, 209 constitucionales y de la Ley 472 de 1998?

Definitivamente, esta última no es la finalidad que las disposiciones en cita atribuyen al juicio de moralidad administrativa, toda vez que, claramente el artículo 88 constitucional exige la protección de los derechos, valores y demás intereses relacionados con la moralidad administrativa antes que la prevalencia de la expiación del culpable y, a su turno, el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, exige del juez que adopte las órdenes “...*de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible*”, antes que castigar al culpable, si se considera que para esto último están dispuestas las acciones ordinarias, sobre las cuales no le es dado al juez popular interferir, prohibición que abiertamente desconoció la posición mayoritaria de la que disiento.

No otra cosa puede concluirse de las disposiciones del artículo 43 de la Ley 472 de 1998, a cuyo tenor –se destaca- “[s]i de los hechos se desprende que se ha incurrido en una situación de orden disciplinario, la acción popular se adelantará sin perjuicio de la competencia que corresponda a la Procuraduría en materia disciplinaria. **La acción popular no puede interferir las acciones disciplinarias o penales que para el caso procedan**”.

De donde, antes que exigir la carga de una imputación de responsabilidad al funcionario para la procedencia de la acción, la ley la prohíbe, al punto que perentoriamente manda que en caso de que de los hechos invocados por actor popular se desprendan situaciones de orden disciplinario o penal, la acción popular se adelante al margen de la imputación impuesta en la decisión de la que me aparto, en cuanto esta interfiere con las acciones disciplinarias o penales. Situaciones ante las cuales se exige que las autoridades disciplinarias y penales ejerzan su competencia y no que sean sustituidas por el juez popular.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que las disposiciones de la Ley 472 de 1998 que establecían la solidaridad de los funcionarios públicos en materia de la responsabilidad patrimonial derivada de la vulneración de la moralidad administrativa en el ámbito de la contratación estatal, fueron derogadas por la Ley 1425 de 2010, sin perjuicio, claro está, de la acción de repetición de que trata el artículo 90 constitucional. Sin que por esa razón la responsabilidad patrimonial del funcionario pueda deducirse directamente a través de la acción popular aún en el caso de ser vinculado al proceso, como lo entiende la posición mayoritaria.

2.3. Conforme con los artículos 107 y 209 constitucionales, la moralidad es un principio rector de las actividades de la administración pública, las organizaciones políticas y no simplemente de la conducta del funcionario.

Las disposiciones de la Ley 472 no exigen que la acción popular se dirija exclusivamente contra los funcionarios públicos; por el contrario, propende porque el juicio se adelante contra la entidad pública que tiene asignada las funciones, sin que el hecho de no haberse demandado a un funcionario en particular impida el juicio de moralidad, como lo entiende la posición mayoritaria de la que disiento.

En efecto, así lo dispone la Ley 472 de 1998 -se destaca-:

Artículo 9º.- *Procedencia de las Acciones Populares. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.*

Artículo 14º.- *Personas Contra Quienes se Dirige la Acción. La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos.*

Artículo 18º.- *Requisitos de la Demanda o Petición. Para promover una acción popular se presentará una demanda o petición con los siguientes requisitos (...)*

d) La indicación de la persona natural o jurídica, o **la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio**, si fuere posible;

*Artículo 34º.- Sentencia. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de **la entidad pública no culpable** que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a la pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.*

De conformidad con esas disposiciones resulta claro, a todas luces, que la acción popular se puede ejercer contra la **entidad** de la que se predica la acción u omisión y que contra ella misma proceden las órdenes que le corresponde al juez emitir para proteger el derecho vulnerado.

Ahora, como lo viene sosteniendo reiteradamente esta Corporación, las funciones y la responsabilidad por su ejercicio están en cabeza de la entidad estatal u órgano político, al margen de que se desempeñen a través de funcionarios.

Siendo ello así ¿cómo justificar que la acción popular procede exclusivamente para enjuiciar las conductas de los funcionarios y no para hacer prevalecer los fines estatales que deben cumplirse con el ejercicio de las actividades que están a cargo de las entidades objetivamente consideradas?

En esas circunstancias, no resulta posible el entendimiento en el sentido de que la acción popular solamente procede contra los funcionarios públicos y con el fin de enjuiciar y castigar sus conductas, como lo entiende la posición mayoritaria, si se considera que ese fin es propio de las acciones ordinarias dispuestas en el ordenamiento para juzgar la conducta de los funcionarios a la luz de las distintas

responsabilidades penal, disciplinaria, fiscal y patrimonial por vía de repetición, a las que se sujeta.

2.4. Las disposiciones de la Ley 472 no imponen al actor popular una carga relativa a la imputación subjetiva al funcionario público; simplemente exigen que, en la demandada, además de la indicación del derecho vulnerado, indique *“los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición”* (art. 18). Tampoco le imponen la carga probatoria.

De donde no cabe la exigencia de los elementos subjetivos de imputación a la que se acude en la decisión de la que disiento, porque resulta claro que los hechos, actos, acciones y omisiones son, en general conductas objetivas, desprovistas de imputaciones subjetivas como las exigidas por la posición mayoritaria. Además de que las disposiciones del artículo 43 *ibídem* prohíben esa imputación, en cuanto interfiere con las acciones ordinarias de tipo sancionatorio.

Por otra parte, el aspecto probatorio presenta grandes desafíos en relación con la vulneración de derechos e intereses colectivos de modo que, dadas las dificultades en esta materia, no puede hacerse recaer sobre el actor popular todo el peso de la carga probatoria, máxime cuando el amparo perseguido tiene que ver con intereses cuya titularidad no ostenta, por pertenecer esos derechos e intereses a la comunidad.

Como se constata, la *litis* trabada para obtener la protección de los derechos o intereses colectivos no tiene un carácter ordinario. Busca asegurar la tutela judicial de bienes jurídicos con especial relevancia para la existencia e incluso para la supervivencia misma de la vida –tanto humana como no humana–, dados los peligros que el ejercicio de tales acciones está llamado a prevenir, enfrentar y contrarrestar.

De donde no resulta posible que se haga recaer sobre el actor popular todo el peso de la carga de la prueba para hacer valer un derecho colectivo y cuyo principalmente garante es el juez popular.

2.5. Los artículos 88, 107 y 209 constitucionales sujetan a la moralidad administrativa y al juicio de moralidad a través de la acción popular la función pública, la actividad contractual del Estado, los servicios públicos y la actividad de

las organizaciones políticas que tienen que ver con la organización para el acceso y ejercicio del poder, de donde no resulta posible que se ate el juicio de moralidad únicamente al ejercicio de la función pública.

En ese sentido se desconoce, sin razón que lo justifique la posición mayoritaria de la que disiento, el alcance del juicio de moralidad sobre la actividad de los partidos políticos adelantado por la Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 5 de marzo de 2015, ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, expediente AP 25000-23-41-000-2013-00194-01, actor: Silvio Nel Huertas Ramírez, demandado: Consejo Nacional Electoral y otro.

2.6. En la decisión de la que me aparto se omite i) analizar la jurisprudencia unificada de la Sala de la Sección Tercera que tiene atribuida la competencia en la materia, conforme con el Reglamento de la Corporación y ii) exponer las razones por las cuales se desconocen esos criterios para adoptar unos distintos.

En efecto, en sentencia unificada del 2 de diciembre de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera, radicación AP-760012331000200502130 01, reiteró los siguientes criterios relativos al alcance del juicio de moralidad –se destaca-:

a) *a) “...la prevalencia del orden superior y la exigencia de la eficacia de los valores supremos que el juez de la acción popular debe preservar **no permiten restringir sus facultades frente a las que le asiste al juez ordinario, sino acrecentarlas**, teniendo como límite, únicamente, las garantías previstas en el artículo 29 constitucional”.*

De donde no resulta posible que el Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, limite la actividad del juez popular en el sentido de que el juicio de moralidad se subordine al juicio de legalidad, se circunscriba exclusivamente al juicio de corrupción sobre las conductas de los funcionarios públicos y deje de controlar el cumplimiento de los fines estatales que objetivamente están a cargo de las entidades públicas, como lo entiende la posición mayoritaria.

b) El juicio de moralidad tiene como objeto la *“...sujeción a los deberes de corrección que exigen la conformidad de las actuaciones de la administración con el interés general y demás fines estatales”* y no simplemente el juicio subjetivo de

la conducta y el castigo de los funcionarios como se sostiene en la decisión que no comparto.

Esto, por cuanto, como lo precisó la Sala de la Sección Tercera en la sentencia que se viene citando, la moralidad administrativa tiene que ver con los deberes de corrección que son exigibles a la administración -considerada objetivamente y no subjetivamente desde la conducta del funcionario- en el ejercicio de las funciones públicas, se sujete a los valores protegidos con la moralidad administrativa:

En criterio de la Sala, la moralidad administrativa es un valor constitucional que, si bien lo contiene, alcanza mayor jerarquía que el de la legalidad, en tanto no se agota en éste, trasciende a valores que la sociedad reclama de la administración así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos, para el efecto la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos. Es decir se propugna por una estricta corrección que al legislador no le queda posible particularizar, pero que, en todo caso, se encuentra inmersa en el manejo de lo público y que impone a la acción popular, en cuanto mecanismo de control ciudadano por excelencia para lograrlo, mayor alcance que el que se predica de las acciones de nulidad. Si la misma Carta Política dispuso que el juez popular protegiera integralmente la moralidad administrativa, no puede atribuirse a la acción un carácter parcial, residual o subsidiario menguando su eficacia, cuando precisamente se trata de propender por la defensa de un interés de mayor envergadura.

Siendo así, no existe razón alguna que justifique que esos valores protegidos con la moralidad administrativa sean exigibles de los funcionarios públicos y no de las entidades, objetivamente consideradas, que tienen a su cargo las funciones y el cumplimiento de los fines estatales, como se sostiene en la decisión de la que me aparto.

c) La Constitución política sometió la actividad de las entidades que conforman la organización política del Estado a los juicios de legalidad y de moralidad administrativa, sin que haya impuesto la prevalencia del primero y la subordinación

del segundo al principio de legalidad. De ahí que no resulta apropiado convertir el juicio de moralidad en uno de legalidad y subordinar aquél a este último.

El requisito de antijuridicidad de la actividad estatal se cumple al constatar la vulneración de la moralidad administrativa, si se considera que esta fue dotada por la Constitución con el carácter de norma jurídica vinculante, principio general y derecho colectivo.

Siendo así, no resulta posible someter el juicio de moralidad a la violación de normas o principios adicionales, porque la vulneración de los derechos, valores e intereses relacionados con la moralidad por sí misma constituye violación de las normas y principios que protegen constitucionalmente la moralidad.

En ese sentido, no es dable desnaturalizar el valor normativo constitucionalmente atribuido a la moralidad administrativa, como lo hace la posición mayoritaria de la que disiento.

Así lo tiene sentado, con criterio unificado, la jurisprudencia de la Sección Tercera –se destaca–:

*El sistema de restricciones al ejercicio del poder, al que se ha hecho mención se sustenta, pues, en el carácter normativo de la Constitución, propio del Estado constitucional –arts. 4, 6, 122, 237 y 241 entre otros–, postulado superior del que emanan los principios de i) jerarquía y unidad normativa; ii) **legalidad** o sometimiento de las autoridades públicas a la normatividad jurídica iii) **moralidad** o sujeción a los deberes de corrección que exigen la conformidad de las actuaciones de la administración con el interés general y demás fines estatales y iv) el control jurisdiccional de la actividad de la administración, en sus distintas facetas. En otras palabras, el principio de jerarquía normativa tiene que ver con el carácter vinculante, directo y prevalente de la Constitución, orientado a garantizar la unidad y la coherencia del sistema jurídico, como lo ha señalado la Corte Constitucional¹¹⁹:*

¹¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar el artículo 4° de la Carta a la letra expresa: ‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’. Esta norma se ve reforzada por aquellas otras que establecen otros mecanismos de garantía de la supremacía constitucional, cuales son, principalmente, el artículo 241 superior que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y el numeral 3° del artículo 237, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional. Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible.

Desde este redimensionamiento del orden jurídico, la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de la moralidad administrativa con la eficacia que su trascendencia exige.

Desde antaño, se conoce que un derecho se garantiza si quien ejerce el control está dotado de mecanismos de protección judicial eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza el derecho a la moralidad administrativa y que para el efecto otorga la acción popular si a la misma se le resta eficacia.

Para la Sala, es prioritario que el juez impregne a la acción popular de los principios de unidad y coherencia del orden jurídico que emanan del carácter normativo supremo de la Constitución, de manera que el derecho objetivo, el derecho colectivo y la acción aseguren los principios rectores de la actividad administrativa, particularmente aquellos que como la moralidad administrativa

se erigen, además, como derechos colectivos y su control se confía al actor popular dentro del marco del ejercicio de una acción apropiada para facilitar su ejercicio y garantizar su eficacia.

Así las cosas, aunque el constituyente confió el desarrollo de la acción popular a la ley, ésta no puede menos que otorgar al juez todas las facultades para asegurar sustancialmente la eficacia de los derechos colectivos protegidos constitucionalmente, de forma que pueda corregir las irregularidades que los lesionan, restableciéndolos cuando hayan sido vulnerados e incluso restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible, como efectivamente lo prevé la Ley 472 de 1998.

Conforme con lo preceptuado en los artículos 88 y 209 de la Constitución Política, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público revisten una doble naturaleza, en tanto principios infranqueables a los que debe ceñirse la actividad de la administración y derechos colectivos inalienables que, integrados a la solidaridad, como valor fundante del Estado social de Derecho –art. 2º- y participación –art. 40-, hacen de la acción popular un mecanismo de verdadero y efectivo control constitucional de alcance particular –art. 88-. (...).

Como lo ha reiterado esta Corporación, la acción popular es un mecanismo judicial de rango constitucional, principal e independiente, en orden a que los procesos y ejecuciones de la contratación estatal se lleven con la más estricta observancia de valores supremos. Se pretende, por tanto, con esta acción, corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.

No se trata, entonces, de que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, pues ello le corresponde al de nulidad, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias, dado que se trata de proteger derechos de contenido difuso, ensombrecidos por deshonestos y repudiables oportunismos individuales (...)

Desde esta óptica, considera la Sala que:

i) **el juicio a cargo del juez popular, de cara a la eficaz protección de los derechos colectivos, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso**, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales;

ii) **el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares**. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad;

d) Asimismo, dejó sentado la Sala de la Sección Tercera que la acción popular no está sometida a las limitaciones de la congruencia con lo pedido, que rige los procesos ordinarios, habida cuenta que sobre el juez popular recae del deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger el derecho vulnerado o amenazado –se destaca-:

Reitera, igualmente la Sala que, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible – art. 2º-, con independencia del tiempo transcurrido, desde su consumación, pues, recuérdese que el artículo 11 que limitaba esta última medida, después de los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional¹²⁰.

*Por ello, **bien puede ordenarse ejecutar una actividad o no hacerlo, al igual que condenar al restablecimiento del daño causado a un derecho o interés colectivo y exigir volver las cosas al estado anterior -art. 34-, de acuerdo con la necesidad establecida en el proceso, pues la competencia del juez de***

¹²⁰ Sentencia C-215-99 de 14 de abril de 1999, magistrada ponente Martha Victoria Sánchez Méndez.

la acción popular va más allá de lo pedido, si así lo requiere la protección del derecho constitucional vulnerado.

*Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, tanto en el trámite, **como respecto de las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses en juego.***

Con sujeción a los criterios que dejó sentados la Sala de la Sección Tercera, en esa oportunidad se adelantó el juicio de moralidad administrativa con el objeto de verificar la sujeción de las actuaciones de las entidades demandadas –y no sobre las conductas de algún funcionario en particular- a los fines estatales y se protegió ese derecho con medidas impuestas a las entidades demandadas, sin acudir al fin de castigar las conductas de los funcionarios, no vinculados al proceso ni enjuiciados en el caso concreto.

Esos mismos criterios unificados de la Sección Tercera los ha aplicado la Subsección B en distintos procesos en los que se ha adelantado el juicio de moralidad administrativa sobre importantes casos de trascendencia nacional, como los que tienen que ver con i) la licitación del tercer canal de televisión, sentencia del 27 de marzo de 2014, radicación 25000231500020100240401; ii) concesión del Terminal Internacional de Carga del Aeropuerto El Dorado, sentencia del 29 de agosto de 2014, radicación: 25000232400020110003201; iii) modificación y registro de los estatutos del Partido Liberal Colombiano, sentencia del 5 de marzo de 2013, radicación, AP 25000-23-41-000-2013-00194-01, entre otros casos, considerados como precedentes con importancia jurídica en materia del juicio de moralidad.

Empero, la posición mayoritaria no tuvo en cuenta los anteriores criterios unificados, de cara a la decisión del caso concreto.

Por otra parte, tampoco comparto la afirmación en el sentido de que –se destaca- “la decisión que se tome en cada una de ellas tiene **los efectos absolutos** frente a la propia acción...”, si se considera que la ley distingue entre los efectos de estas decisiones; así, la sentencia que decide la acción popular “**tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general**” (L. 472, art. 35); en tanto que la de tutela “**sólo surtirá efectos en el caso concreto**” (D. 2591/91, art. 36) y al juez de cumplimiento le corresponde fijar

*“los demás efectos del fallo **para el caso concreto** y mantendrá la competencia hasta que cese el incumplimiento”* (L. 393, art. 25), luego nada impide que pueda ejercerse nuevamente esa acción para el cumplimiento de una obligación durante un periodo de tiempo distinto.

3. La improcedencia de la acción ejercida para amparar los derechos subjetivos patrimoniales invocados por los actores en el caso concreto

Con la providencia de la que disiento se decidió revocar las sentencias del *ad quem* y el *a quo*, fundada la posición mayoritaria en que el actor popular no cumplió la carga de la imputación subjetiva relativa a las conductas corruptas o deshonestas de los funcionarios públicos y que las decisiones revisadas tampoco dan cuenta de ese elemento subjetivo, amén de que solamente se limitan a verificar el incumplimiento de un deber legal, insuficiente para concluir la vulneración de la moralidad administrativa.

Comparto que se revoquen las decisiones objeto de revisión, empero, no con fundamento en las limitaciones que a lo largo del proyecto se introducen al juicio de moralidad, porque con ellas se establecen graves restricciones ajenas al ordenamiento jurídico, que restan eficacia a la acción popular, a la moralidad administrativa, en contra del ordenamiento y la jurisprudencia unificada de la Sala de la Sección Tercera, máxime cuando el estudio de esta última no fue abordado por la posición mayoritaria de la que disiento.

En el caso concreto, los actores populares y los jueces de instancia fundaron el amparo en razones que tienen que ver con el no pago de una obligación dineraria con sujeto determinado y determinable (los municipios), esto es, con la protección del interés particular del acreedor de la obligación de que trata el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, antes que en la protección del derecho un colectivo, con contenido difuso y sujetos indeterminados e indeterminables como lo es la moralidad administrativa.

En efecto, el actor popular sostiene la vulneración de la moralidad administrativa en que el Distrito Capital i) no ha justificado razonablemente el porqué de su negativa a efectuar el pago de la obligación de la que es acreedora

la Federación Colombiana de Municipios y ii) no adoptó los mecanismos necesarios para cumplir esa obligación.

Por su parte, el *ad quem* adelantó el juicio de moralidad administrativa con el fin de verificar si las actuaciones de las entidades demandadas se sujetaron al cumplimiento de los fines estatales, empero, sostuvo la vulneración de la moralidad administrativa exclusivamente en la afectación del derecho patrimonial, de carácter particular, que le asiste a la Federación Colombiana de Municipios a que se le pague la suma de dinero señalada en el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, ocurrida por la negativa del Distrito Capital a pagar.

En cuanto es claro, a todas luces, que con la acción ejercida se pretende la protección de un derecho subjetivo de crédito, de contenido determinable, que atañe a los intereses particulares de la Federación Colombiana de Municipios, ajenos a los fines superiores del Estado y al juicio de moralidad administrativa, huelga concluir que la acción ejercida no es procedente en el caso concreto y que las decisiones objeto de revisión son abiertamente injustificadas.

No resulta posible que con la acción popular se sustituyan las acciones ordinarias dispuestas en el ordenamiento para discutir la existencia, eficacia y cumplimiento de las obligaciones que tienen contenido particular y sujetos, activo y pasivo, determinados y determinables, como ocurre en este caso.

4. La omisión del deber de remitir copia del expediente para lo de competencia del órgano que tiene a su cargo la investigación de los jueces, fundada en razones ajenas al ordenamiento

En este proceso quedó acreditado que las decisiones objeto de revisión fueron suspendidas por ser abiertamente contrarias a derechos fundamentales; además, existe suficiente evidencia en el sentido de que esas decisiones se profirieron al margen del ordenamiento y de los fines de la acción popular, en cuanto tuvieron como fin exclusivo hacer prevalecer y amparar derechos patrimoniales, de naturaleza privada, ajenos a los derechos, valores e intereses colectivos asociados con la moralidad administrativa, de que tratan las disposiciones del artículo 88 constitucional. Aunado a que se profirió una sentencia *extra petita* con alcance puramente patrimonial, esto es, ajena al amparo de derechos colectivos.

Siendo así, no se podía pasar por alto el deber de compulsar copia del expediente para que las autoridades competentes dispongan lo pertinente en relación con las actuaciones de los funcionarios judiciales que adoptaron esas decisiones, máxime cuando las razones invocadas para sustraerse de ese deber son contrarias al ordenamiento, en cuanto tienen que ver con la petición de uno de los señores Consejeros en el sentido de que no se investigue a su amigo involucrado en los hechos, acogida por la mayoría de la que disiento.

No resulta posible que la acuciosidad esgrimida por la posición mayoritaria a lo largo de la decisión que no comparto, para que se enjuicien las conductas de los funcionarios que se apartan de sus deberes legales, incluso a través de acciones no dispuestas para ese fin, no tenga la más mínima coherencia.

En suma, además de que sobre *“el concepto de lo que debe entenderse como derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público”* nada se unificó, la posición mayoritaria de la que disiento acudió a la *“consolidación conceptual”* en un caso que *“....no ofrece los elementos jurídicos que permitan llegar a una conclusión”* sobre los asuntos tratados, para ocuparse de temas distintos del objeto de la revisión admitida, como los relativos al alcance del juicio de moralidad administrativa, a partir de criterios no unificados que i) desnaturalizan el carácter normativo, principialístico, garantista y colectivo atribuido constitucionalmente a la moralidad administrativa; ii) vacían de contenido las acciones dispuestas en el ordenamiento para juzgar la conducta de los funcionarios; iii) limitan injustificadamente el alcance de la acción popular y iv) contradicen abiertamente la jurisprudencia unificada de la Sala Plena de la Sección Tercera, sin que se haya abordado su estudio. Todo ello, en perjuicio de la efectiva materialización de los derechos y garantías constitucionales.

De donde, el fin invocado para acceder a la revisión eventual no se cumplió, pues en la decisión de la que disiento se echa de menos la unificación jurisprudencial para la cual se asumió la competencia.

Fecha ut supra.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Consejera de Estado