

LA ACCIÓN POPULAR: MECANISMO JUDICIAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Sergio GONZÁLEZ REY*

SUMARIO: I. Introducción; II. Características generales de la acción popular; III. La protección de la moralidad administrativa mediante la acción popular; IV. Moralidad administrativa en la contratación estatal; V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución colombiana de 1991 introdujo en el ordenamiento superior diversas acciones judiciales para la protección y garantía de los derechos, dentro de las cuales revisten especial importancia la acción de tutela para la protección de los derechos constitucionales fundamentales; la acción de cumplimiento para el efectivo cumplimiento de la ley y los actos administrativos; y la acción popular para la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.¹

La acción popular, de origen romano, si bien tenía antecedentes en el derecho colombiano,² al ser elevada a rango constitucional ha sido conside-

* Profesor Investigador de la Universidad Externado de Colombia.

1 Constitución Política de Colombia, artículo 88.

2 Las acciones populares —ha señalado la Corte Constitucional— no son extrañas al sistema jurídico colombiano. En una primera etapa, surgieron como acciones populares y ciudadanas con fines abstractos, en cuanto buscaban la defensa de la legalidad y la constitucionalidad de los actos jurídicos de carácter legislativo y administrativo. Posteriormente,

rada por la jurisprudencia y por la doctrina —aunque sin mayor discusión— como una acción constitucional,³ lo que la reviste de características y eficacia especiales, asunto de gran relevancia en un contexto donde el control judicial de la actividad de la administración es, en términos generales, lento, rogado y excesivamente formalista.

Parece que es común a muchos Estados latinoamericanos la propensión a cambiar afanosa y frecuentemente las normas jurídicas dejando intacta la realidad y, en ese ambiente, encontrar instituciones que se muestran como potencialmente eficaces para alcanzar los fines propuestos, como la acción popular, lo cual resulta cuando menos alentador.

La presentación del tema se circunscribe al derecho colombiano y se realizará partiendo de las características de la acción popular para posteriormente aludir a su relación específica con la moralidad administrativa.

como acciones populares con fines concretos, en virtud del interés colectivo de un sector de la comunidad que se busca defender.

En el Código Civil colombiano se regulan acciones populares que se agrupan en: a) Protección de bienes de uso público (entre otros, artículos 1005, 1006, 1007, 2358 y 2360), conducentes a preservar la seguridad de los transeúntes y el interés de la comunidad respecto de obras que amenacen causar un daño; y b) acción por daño contingente (artículo 2359 y 2360), que puede derivarse de la comisión de un delito, la imprudencia o negligencia de una persona, que pongan en peligro a personas indeterminadas.

De otro lado, existen acciones populares reguladas por leyes especiales: a) Defensa del consumidor (Decreto Ley 3466 de 1982 —Estatuto del Consumidor—); b) Espacio público y ambiente (La Ley 9a. de 1989 (artículo 8o.) —Reforma Urbana—, que remite a la acción popular establecida en el Código Civil (artículo 1005) “para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios”; c) Competencia desleal (Ley 45 de 1990) relativa a la intermediación financiera, normas que en materia de la actividad aseguradora, hacen el reenvío a las disposiciones de protección de las personas perjudicadas con esas prácticas contenidas en el Decreto Ley 3466 de 1982. Sentencia T- 714 de 1999.

³ La constitucionalización de estas acciones obedeció a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socioeconómicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando se quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad. Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA ACCIÓN POPULAR

La acción popular se reglamentó, junto con la acción de grupo —lo cual ha generado confusiones a nivel doctrinal— mediante la Ley 472 que empezó a regir el 5 de agosto de 1999⁴ y de esta reglamentación así como de su interpretación jurisprudencial se derivan las siguientes características.

1. Tiene como finalidad única la protección de los derechos e intereses colectivos, dentro de los que se encuentran —además de los contenidos en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales— el goce de un ambiente sano, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, el goce del espacio público, la defensa del patrimonio público, la defensa del patrimonio cultural, la seguridad y la salubridad públicas y, desde luego, la moralidad administrativa.⁵
2. Una acción pública,⁶ esto es, un mecanismo propio de la democracia participativa,⁷ puede ser ejercida por “toda persona” (natural, jurídica, nacional, extranjera); además, para afianzar un sistema de control social se señalan expresamente como titulares de esta acción las orga-

4 El artículo 86 de la Ley 472 de 1998 estableció que entraría a regir un año después de su promulgación. En adelante las referencias normativas que no especifiquen algo distinto se entenderán hechas a la mencionada Ley.

5 Artículo 4o.

6 Desde las discusiones que se presentaron en la Asamblea Nacional Constituyente ya se ponía de presente el carácter público de la acción popular: “se justifica que se dote a los particulares de una acción pública que sirva de instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir”, *Gaceta Constitucional*, núm. 19, 11 de marzo de 1991, p. 3.

7 Dentro del marco del Estado social de derecho consagrado por el constituyente de 1991, la intervención activa de los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular. La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria. Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999.

- nizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el procurador general, el Defensor del Pueblo, los personeros y los servidores públicos.
3. Es una acción principal, a diferencia de la acción de tutela que es subsidiaria.⁸ Este carácter, de una parte, la dota de autonomía e identidad propias y resulta importante en tanto no permite que el juez eluda pronunciamiento de fondo alegando la existencia de otro mecanismo de defensa judicial y, de otra, permite su compatibilidad con otras acciones como las contencioso administrativas⁹ e inclusive con la tutela.¹⁰

8 De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

9 Ni del texto del artículo 88 de la Constitución Política ni del de norma alguna de la Ley 472 se desprende que la acción popular tenga carácter subsidiario y que sólo proceda cuando no exista otra acción para ventilar judicialmente aspectos relacionados con el mismo tema. Para su procedencia basta que se pretenda la protección de un derecho colectivo vulnerado o amenazado por la acción y omisión de una autoridad pública o de un particular, independientemente de que, mediante el ejercicio de otra acción, también se puedan formular otras pretensiones y, consecuentemente, en caso de prosperidad de las mismas puedan resultar protegidos derechos colectivos. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, Auto AP-495 del 14 de junio de 2002, Actor: Marceliano Rafael Corrales Larrarte, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional.

10 Esta tesis ha sido desarrollada en distintos fallos de revisión de acciones de tutela proferidos por la Corte Constitucional (sentencias T-437 de 1992, SU 063 de 1993, SU 257 de 1997 y T-379 de 2001), especialmente en lo referente a la protección del ambiente y la defensa de la salud y vida de las personas. En estos eventos, es claro que se trata de proteger un interés común, como es la preservación de un ambiente sano (artículo 79 de la CP), por lo que en principio procedería una acción popular. Sin embargo, dado el caso de que una situación de contaminación ambiental puede afectar en concreto el derecho a la salud y en algunos casos a la vida, de una persona determinada, una vez demostrada la conexidad de un derecho fundamental con el desconocimiento del derecho colectivo, se da prelación a la acción de tutela frente a las acción popular.

4. La acción popular se rige por la prevalencia del derecho sustancial¹¹ y el principio *Iura novit curia*.¹² Este último aspecto debe destacarse

11 Estando de por medio el ejercicio de acciones constitucionales, su inadmisión sólo puede realizarse en los casos expresamente señalados en la ley, como quiera que el juez está obligado a asegurar la vigencia del principio constitucional de efectividad de los mecanismos de protección instituidos por la Constitución Política para garantizar los derechos e intereses colectivos y de acatar el mandato que el legislador instituyó en el artículo 5o. de la Ley 472 de 1998, conforme al cual su trámite se desarrolla con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de *prevalencia del derecho sustancial* de modo que promovida la acción es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade, auto del 14 de marzo de 2002, actor: Dinier Sandoval Cardona, demandado: Alcaldía Municipal de Soledad.

En el mismo sentido se afirma en otra providencia: “Cabe resaltar que en tratándose del ejercicio de acciones constitucionales el legislador en su desarrollo ha sido enfático en su voluntad de rescatar los principios constitucionales, entre ellos, el de *prevalencia del derecho sustancial*; y de ahí la consagración de la informalidad de la solicitud, conforme emerge de los artículos 3o. y 14 del Decreto Ley 2591 de 1991, frente a la acción de tutela; 2o. y 10 de la Ley 393 de 1997, en relación con la acción de cumplimiento y 5o. y 17 de la Ley 472 de 1998, en relación con las acciones populares. Así pues, estima la Sala que al carcer el proveído recurrido de sustento fáctico y legal, se impone su revocación para que, en su lugar, el *a quo* provea sobre la admisión de la demanda”. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, auto del 30 de marzo de 2001, exp. 0446-01, actor: Jorge Alber to Javier Correal.

12 De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, para promover una acción popular se debe presentar una demanda que cumpla, entre otros, con el requisito de indicar el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado. Ello no significa que el juez deba negar la protección de un derecho colectivo, sin más, por el sólo hecho de que no fue señalado expresamente en la demanda. El juez no puede modificar el *petitum* de la demanda y los hechos que le sirvan de fundamento. Pero, si de tales hechos se deriva que hay un derecho colectivo comprometido, diferente del que se señaló expresamente, el juez, en cumplimiento de su deber de administrar justicia y procurar la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución, deberá aplicar la ley como corresponda a lo alegado en la demanda y probado en el proceso, protegiendo el derecho colectivo que encuentre amenazado o vulnerado.

Se trata solamente de la aplicación del antiguo principio *da mihi factum dabo tibi jus*, además de que, dado que la aplicación de la ley se debe hacer conforme a los hechos expuestos, conocidos por el demandado, no se vulnera su derecho de defensa.

En otros términos, resulta imperioso la aplicación del principio *Iura novit curia* a los procesos de la acción popular. No hay razón para sostener lo contrario, pues si tal principio rige procesos en donde se pretende la reparación de derechos individuales, como los contenciosos administrativos de reparación directa, y de nulidad y restablecimiento del derecho, estos últimos cuando se requiere la protección de un derecho fundamental, con mayor razón deberá aplicarse en procesos por medio de los cuales se protegen derechos colectivos. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA,

especialmente, pues ha sido tradición en el medio colombiano que el control de la actividad de la administración, sobre todo tratándose de actos administrativos, sea concebido dentro del marco de la “justicia rogada” que en muchas ocasiones lo torna ineficaz y excesivamente formalista.

5. La acción popular se puede ejercer tanto para evitar daño contingente, para hacer cesar el peligro o la amenaza a un derecho colectivo, o para hacer cesar la vulneración sobre él.¹³ De tal manera que aunque las primeras interpretaciones sólo le atribuían un carácter preventivo,¹⁴ es evidente que también tiene un carácter reparatorio.¹⁵

No obstante lo anterior, ha de precisarse que esta acción no tiene carácter sancionatorio respecto del particular o del servidor público contra quien se dirija la acción y recaiga la sentencia estimatoria. Para el efecto existen otros mecanismos adecuados para hacer efectiva la responsabilidad penal, disciplinaria, fiscal o simplemente civil por vía ordinaria o por acción de repetición.

consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia AP-166 del 17 de junio de 2001, actor: Manuel Jesús Bravo.

¹³ Artículo 2o.

¹⁴ “Desde más remotos y clásicos orígenes en el derecho latino fueron creadas [las acciones populares] para prevenir y precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses cuya protección no siempre supone un daño. En verdad, su poco uso y otras razones de política legislativa y de conformación de las estructuras sociales de nuestro país, desdibujaron en la teoría y en la práctica de la función judicial esta nota de principio. Los términos del enunciado normativo a que se hace referencia, no permiten abrigar duda alguna a la Corte sobre el señalado carácter preventivo. Se insiste ahora en este aspecto, en virtud de las funciones judiciales de intérprete de la Constitución que corresponden a esta corporación”. Corte Constitucional, sentencia T-067 de 1993.

¹⁵ Carácter que de otra parte resulta explícito en tanto la ley que regula la acción popular prevé expresamente que el juez en la sentencia puede condenar al pago de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable que tenga a su cargo el respectivo derecho o interés colectivo (artículo 34).

Se ha afirmado que “dada la claridad de los preceptos referidos, la única interpretación válida de la Ley 472, en lo atinente a la naturaleza de la acción popular, será aquella que atienda absolutamente su tenor literal. En consecuencia, cualquier interpretación que condicione los alcances restitutorios de estas acciones, o cualquiera que niegue su naturaleza indemnizatoria pese a que se cumplan los requisitos previstos en la norma para que ella se concrete en un caso determinado, supondrá una separación grosera del querer del legislador en sacrificio del deber constitucional de procurar la eficacia de los derechos”. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: Alier Hernández Enríquez, auto del 20 de septiembre de 2001 (AP-182), Actor: María Consuelo Romero Millán y otros, demandado: Superintendencia Bancaria.

6. Dentro de los principales aspectos procesales de la acción popular cabe resaltar:

El juez ha de darle un tratamiento preferente respecto de los demás asuntos que conozca —salvo *habeas corpus* y acciones de tutela y cumplimiento—;¹⁶

La obligación del juez de dar impulso oficioso¹⁷ a la acción;

El carácter facultativo del agotamiento de la vía gubernativa, que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es requisito de procedibilidad obligatorio;¹⁸

Su carácter intemporal puesto que la acción puede promoverse mientras subsista la amenaza o peligro al derecho o interés colectivo;¹⁹

Su conocimiento compartido entre dos jurisdicciones: la contencioso administrativa cuando el acto, acción u omisión proviene de entidades públicas o de personas privadas que desarrollen funciones administrativas²⁰ y la ordinaria civil en los demás casos.

7. Existe un incentivo pecuniario para el actor popular que normalmente oscila entre 10 y 150 salarios mínimos legales, esto es, entre USD\$1.300 y USD\$19.500,²¹ pero que tratándose de acciones relacionadas con el derecho colectivo a la moral administrativa equivale al 15% del valor que recupere la entidad pública en razón de la acción popular.²²

Este incentivo si bien tiene la finalidad de premiar a quien se toma el trabajo de interesarse en asuntos colectivos, instaurar la acción y defender la

16 Artículo 6o.

17 Artículo 5o .

18 Código Contencioso Administrativo (CCA) artículo 135.

19 El artículo 11 de la Ley 472 establecía originalmente un término de caducidad de cinco años a partir de la acción o la omisión que produjo la alteración si la acción se dirigía a “volver las cosas a su estado anterior”, pero este aparte normativo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-215 de 1999.

20 *Cfr.* Artículos 110 y ss. Ley 489 de 1998.

21 Se toma como base el salario mínimo establecido para 2004 (\$358,000) y la tasa representativa del mercado (TRM) correspondiente al 12 de enero de 2004, que servirán en adelante para cálculos semejantes.

22 Capítulo XI.

causa, en ocasiones ha servido para estimular el abuso de la acción,²³ lo que ha llevado a los jueces a ser cautelosos al momento de decretarlo.

III. LA PROTECCIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA MEDIANTE LA ACCIÓN POPULAR

Como ya se señaló, la acción popular tiene como única finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, aspecto que le impone a este medio procesal una limitación para su procedencia, en tanto no resulta adecuado cuando el actor pretende exclusivamente la protección de sus derechos subjetivos o la reparación del daño que se le ha causado. Sin embargo, lo anterior no constituye obstáculo para que el actor, buscando la protección de un derecho colectivo, pueda verse beneficiado de manera colateral con la decisión estimatoria.

Desde la óptica del ejercicio de la acción, no resulta trascendental la diferencia teórica que pueda existir entre derecho colectivo e interés colectivo, máxime cuando, tanto en la Constitución como en la Ley que regula el tema, se ha acudido a señalar de manera no taxativa las materias objeto de protección mediante la citada acción.

En el informe de ponentes presentado a la Asamblea Constituyente sobre los derechos colectivos, se lee: “Los derechos en cuestión propenden por la satisfacción de necesidades de tipo colectivo y social, y se diseminan entre los miembros de grupos humanos determinados, quienes los ejercen de manera idéntica, uniforme y compartida”.²⁴

²³ Advierte el Consejo de Estado, como juzgador de la función administrativa, que con la Ley 472 de 1998, los administrados movidos por la previsión legal de reconocerles un incentivo cuando prosperen sus pretensiones, han presentado infinidad de demandas que, en su mayoría, han resultado infructuosas porque al promoverlas o no se tienen en cuenta cuales son las causas, de acción o de omisión, que dan lugar al objeto de las acciones populares, o porque utilizan la acción indebidamente porque la conducta reprochada de acción o de omisión está consumada y además sería imposible, por decisión en el juicio de acción popular, restituir las cosas al estado anterior, o porque utilizando bien la acción no prueban los hechos base de sus afirmaciones, es decir incumplen con la carga probatoria. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, sentencia del 26 de septiembre de 2002, AP-612, actor: Juan José Baena Restrepo y otro, demandado: Municipio de Pereira, la Empresa de Energía de Pereira S. A.-E. S. P. y la Empresa de Energía y Alumbrado de Pereira S. A.-E. S. P.

²⁴ *Gaceta Constitucional* del 15 de abril de 1991, pp. 21 y ss.

La inexistencia de una precisa línea divisoria entre el concepto de derechos colectivos —para lo cual la jurisprudencia suele acudir a la doctrina—²⁵ y el de intereses colectivos, se evidencia al constatar la vaguedad de la idea que sobre estos últimos manifiesta la Corte Constitucional: “[son] bienes tan valiosos no sólo para los miembros de la comunidad individualmente considerados, sino para la existencia y desarrollo de la colectividad misma”.²⁶

Aunque esa indeterminación no ha sido obstáculo para la eficacia de la acción popular, es posible que a futuro puedan presentarse controversias sobre el alcance de esos conceptos, dado que la lista de asuntos susceptibles de protección por esta vía tiene una cláusula abierta que permite incluir en el ámbito de protección otros derechos e intereses colectivos contenidos en la Constitución, las leyes y los tratados celebrados por Colombia.

²⁵ V. gr. “Ampliando la tradicional... tipología de los intereses generales, intereses particulares e intereses públicos, la doctrina moderna... está haciendo especial hincapié en la figura de los intereses colectivos y difusos. Para empezar con una definición convencional son intereses que pertenecen por igual a una pluralidad de sujetos más o menos amplia y más o menos indeterminada, que puede ser o no justificada o unificada más o menos estrictamente en una colectividad. O más precisamente todavía: es un interés que pertenece a todos y a cada uno, pero que no es el interés propio de cada uno ni el propio de una comunidad organizada, constituido por la suma de intereses de sus miembros, sino el que cada uno tiene por ser miembro de la colectividad. Los llamados intereses colectivos podrían ser equiparados, por tanto a los intereses difusos, como hacen algunos autores, aunque otro sector de la doctrina los considera como una subespecie de ellos perfectamente diferenciada, dado que hay un factor subjetivo que los individualiza de manera evidente: los intereses colectivos se refieren a comunidades organizadas más o menos determinables en cuanto a sus componentes, lo que significa que, a la postre son los intereses de la agrupación y no los de sus miembros y ni siquiera de la suma de ellos”. Nieto, Alejandro, *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría III*, Madrid, Civitas, 1991, p. 2196. “CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, sentencia AP-043 del 1o. de junio de 2000, actor: Jorge Iván García Marmolejo.

En esta providencia el Consejo de Estado anota que, por lo menos en el derecho colombiano, la existencia de un interés colectivo determinado no excluye la posibilidad de que cada miembro de la colectividad, titular del mismo, sea a la vez titular de un derecho fundamental que se afecte por la misma situación que vulnera o amenaza el interés colectivo; un ejemplo perfecto es el de la educación. Es claro que ésta es, a la vez, un servicio público, cuya prestación real y eficiente constituye un interés colectivo en cabeza de los usuarios, y un derecho constitucional fundamental.

²⁶ Sentencia C-215 de 1999.

En el medio colombiano, la moralidad administrativa es a la vez tanto un principio de la función administrativa, consagrado así desde la misma Carta,²⁷ como un derecho colectivo susceptible de protección mediante la acción popular.²⁸

Estos dos aspectos resultan plenamente compatibles y puede afirmarse que la moralidad administrativa, como uno de los principios que ha de orientar la actividad de la administración, resulta de tal trascendencia en el contexto del Estado social de derecho, que su inobservancia implica la trasgresión de un derecho colectivo, ante lo cual se abre la posibilidad de acudir al mecanismo judicial instituido para el efecto.

Sin embargo, “moralidad administrativa” es un concepto jurídico indeterminado —en algunos fallos se ha dicho que es una “norma en blanco”— lo que dificulta su aplicación en un sistema jurídico que, tradicionalmente, se ha inclinado a entender que el texto sacramental de la ley lo ha de regular todo y la labor del juez se circunscribe exclusivamente a su aplicación silo-gística.

La adecuada aplicación jurídica del concepto de moralidad, tendente a controlar la actividad de la administración, requiere de antemano, dos precisiones fundamentales:

a) Moralidad no es sinónimo de legalidad.²⁹ En efecto, confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la administración, implica, necesariamente, negar la existencia de la “moralidad administrativa”, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de “legalidad”,³⁰ los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y adecuados —cuando la realidad ha demostrado lo contrario— y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección.

27 Constitución Política, artículo 209. Una norma similar se encuentra en la Ley 489 de 1998, artículo 3o.

28 Literal b) del artículo 4o.

29 En cuanto a la moralidad administrativa, es posible que en algunos casos 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. CONSEJO DE ESTADO, sentencia AP-170.

30 La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica, desde el punto de vista cualitativo, supone una nueva manera de interpretar el derecho, consistente en que se pierde la importancia sacramental del texto legal, lo cual coloca al juez en una posición protagónica. Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992.

b) Moralidad no es un concepto eminentemente subjetivo. En el marco del Estado social de derecho no resulta razonable pensar que cada juez puede juzgar la actividad administrativa bajo el exclusivo parámetro de “su propia” concepción de la moralidad. No estaríamos en presencia de decisiones jurídicas sino de decisiones exclusivamente morales indeseables y proscritas en aquel contexto.

Hechas estas precisiones, veamos cómo se ha aproximado la jurisprudencia al espinoso tema de la moralidad administrativa al momento de fundamentar sus decisiones:

a) Algunos fallos, acudiendo al método histórico tienen relación con los antecedentes de la Ley que regula las acciones populares, para poner de presente que en uno de los proyectos se definía expresamente la moralidad 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”.³¹

Ha de precisarse que este parámetro de conducta, similar al del “buen padre de familia” utilizado en la legislación civil, fue suprimido en el curso de los debates en el Congreso y no quedó contemplado en el texto final de la Ley.

b) En otros casos, desde una perspectiva teleológica, se dice que la determinación de lo que debe entenderse por moralidad debe referirse a la finalidad que inspira la actividad de la administración (acto, contrato,³² etcétera). Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad³³ y específicamente

31 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia AP-0007 de 20 de junio de 2002. En el mismo sentido: SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia AP-0446 de 24 de octubre de 2002, actor: Jorge Alberto Javier Correal Correal, demandado: Lotería del Meta.

32 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. Artículo 3o., Ley 80 de 1993.

33 La Corte Constitucional ha señalado que el principio de la buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, como también lo ha puesto de presente, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado social de

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 poder.³⁴

c) 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 honestidad.³⁵

d) En algunos fallos se privilegia el carácter de principio constitucional de la moralidad administrativa³⁶ y en consecuencia se acude a la ponderación como método de aplicación normativa —al que debe recurrirse cuando no funcione el silogismo— necesario para aplicar directamente los principios constitucionales. Dado el papel constitutivo del orden jurídico que se atribuye a los principios, éstos deben coexistir, relacionándose íntimamente entre sí, de manera que ninguno de ellos tenga carácter absoluto pues, de ser así, excluiría a los demás,³⁷ y terminaría negándose la existencia de la institución jurídica que informan.³⁸

e) Otros fallos privilegian el carácter de derecho colectivo de la moralidad administrativa, destacando las siguientes características: 1) debe ser concretado en cada caso conforme a los principios de la sana crítica; 2) 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; 3) en la práctica, la violación de este dere-

derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos. Sentencia C-088 de 2000.

34 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia AP-518 del 31 de octubre de 2002, actor: Jesús Orlando Mejía Yepes, demandado: Empresa Licorera de Nariño y Otros.

35 Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994.

36 Constitución Política, artículo 209.

37 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, sentencia AP-170 de 16 de febrero de 2001.

38 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia AP-166 del 17 de junio de 2001, actor: Manuel Jesús Bravo.

cho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.³⁹

f) 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 administrativas.⁴¹

La corrupción administrativa —sostiene el Consejo de Estado—⁴² 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 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

39 Sentencia AP-518, *cit.*, nota 34.

40 De ahí que su estudio pueda hacerse en forma paralela. CONSEJO DE ESTADO, sentencia AP-0446, *cit.*, nota 31.

Igualmente sobre este aspecto puede citarse un reciente fallo de acción popular mediante el cual se protegieron los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la salubridad pública y a la moralidad administrativa, por irregularidades en el procedimiento administrativo que concluyó con la expedición de una resolución mediante la cual el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) autorizó la importación y siembra de algodón transgénico. En la sentencia en comento, se suspendieron los efectos del mencionado acto administrativo y se ordenó al Ministerio del Medio Ambiente exigir a la sociedad Monsanto el trámite de una licencia ambiental previa a la importación del algodón Bt. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección cuarta, subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2003, Magistrada Ponente, Beatriz Martínez.

41 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente doctor Alier Hernández Enríquez, sentencia AP-170 del 16 de febrero de 2001, actores: Epaminondas Moreno Parrado y otros.

42 *Idem.*

trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio.⁴³

g) En fin, por vía de la jurisprudencia, se ha intentado 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, 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.⁴⁴

IV. MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La contratación estatal en Colombia representa el 16% del PIB, lo que equivale a la suma de las actividades económicas más importantes de la economía colombiana: agricultura, ganadería e industria manufacturera.⁴⁵

A su vez, es en esta área de la actividad de la administración en donde se presenta con mayor énfasis el flagelo de la corrupción administrativa: el valor promedio de sobornos en un contrato estatal es del 19%,⁴⁶ es decir, en 1999 se habría pagado en corrupción el equivalente al 3% del PIB. Según muestra una encuesta realizada por Confecámaras⁴⁷ en el primer trimestre de 2002, el 70.3% de los empresarios encuestados tienen la percepción de que los niveles de corrupción se han incrementado a partir del año 2000 y el 41.60% afirma que, en materia de corrupción administrativa, se sabe con anterioridad con qué modalidad y cuánto hay que pagar.

El Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional (IPC), que clasifica a los países en función de la medida en que se percibe

43 Fabián Caparrós, Eduardo A., “La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio”, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000, p. 17.

44 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.

45 Documento CONPES 3186, *Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*, 31 de julio de 2002.

46 Banco Mundial, *Corrupción, desempeño institucional y gobernabilidad: desarrollando una estrategia anticorrupción para Colombia*, 2002.

47 “Estudio Probidad II Informe Preliminar”, Confecámaras, mayo de 2002.

que existe corrupción entre los funcionarios públicos y los políticos, muestra la siguiente evolución entre 1995 y 2002:⁴⁸

| <i>Año</i> | <i>Número de países clasificados</i> | <i>Clasificación de Colombia</i> | <i>Puntaje del país</i> |
|------------|--------------------------------------|----------------------------------|-------------------------|
| 2002 | 102 | 57 | 3.6 |
| 2001 | 91 | 50 | 3.8 |
| 2000 | 90 | 60 | 3.1 |
| 1999 | 99 | 72 | 2.9 |
| 1998 | 85 | 79 | 2.2 |
| 1997 | 52 | 50 | 2.2 |
| 1996 | 54 | 42 | 2.7 |
| 1995 | 41 | 31 | 3.4 |

Ante esta preocupante situación, la acción popular tendente a proteger la moralidad administrativa, se ha ido perfilando lentamente, como un mecanismo no sólo disuasivo sino correctivo, que desde la perspectiva jurídica resulta más eficaz para el efecto que otras acciones y rompe con algunos de los conceptos tradicionales que —privilegiando la formalidad— han informado el control judicial de la actividad administrativa.

Si bien ha existido una acción contencioso administrativa que permite pedir que se declare la nulidad absoluta de contratos estatales en los que se ha incurrido en violación de normas imperativas superiores o desviación de poder,⁴⁹ esta acción, denominada hoy “de controversias contractuales”, tiene una legitimación limitada puesto que sólo puede ser ejercida por “cualquiera de las partes” del contrato estatal, el Ministerio Público o “cualquier tercero que acredite un interés directo”.⁵⁰

48 Donde 10.0 es el puntaje máximo libre de corrupción y 0.0 es el puntaje de mayor corrupción. Fuente: Transparencia Internacional, *Análisis evolutivo del IPC de Colombia*, 2002.

49 Estatuto de Contratación Estatal, artículo 44.

50 Código Contencioso Administrativo, artículo 87. En relación con la legitimación para demandar la nulidad de los contratos estatales, el artículo 87 del Código Contencioso

Lo anterior contrasta con el carácter público del que está revestida la acción popular, que además de ser principal cuenta con un incentivo económico importante cuando mediante ella se protege la moralidad administrativa,⁵¹ equivalente —como se dijo— al 15% del valor que recupere la entidad pública en razón de la acción.

La presencia simultánea de estas dos acciones ha llevado a que existan opiniones encontradas en torno a si la declaratoria de nulidad de un contrato estatal, o de un acto administrativo contractual, sólo puede efectuarse en el marco de una acción contenciosa o si por el contrario es posible también dentro de una acción constitucional.

En ocasiones se ha acogido la tesis según la cual la nulidad de un contrato estatal sólo puede declararse en el curso de una acción de controversias contractuales⁵² y, por tanto, la acción popular resultaría improcedente para ello, tesis que no compartimos y consideramos de un rigor y formalidad excesivos, máxime si se tienen en cuenta, como se advirtió, las limitaciones a la legitimación que aquella acción comporta. De otra parte, tratándose de la impugnación de actos administrativos contractuales, la aplicación de esta tesis haría inoperante la acción popular, toda vez que siempre resultarían amparados por la barrera impenetrable de la presunción de legalidad.

Por fortuna, en otras ocasiones se ha acogido la tesis contraria, que permite una verdadera y eficaz defensa de la moralidad administrativa, con funda-

Administrativo la limitó a las partes o a sus causahabientes, al Ministerio Público y al tercero que acreditara un interés directo en el contrato, o puede ser declarada de oficio (artículo 17 del Decreto Ley 2304 de 1989). Posteriormente, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 extendió la legitimación a “cualquier persona”, además de las partes, el Ministerio Público o bien podía ser declarada de oficio por el juez. En fin, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, norma vigente hoy, que modificó el artículo 87 del CCA, de nuevo establece que sólo están legitimados para demandar la nulidad absoluta del contrato, las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo en el mismo, o puede ser declarada de oficio.

⁵¹ Artículo 40 .

⁵² El Consejo de Estado sostuvo: La solicitud de nulidad de dicho negocio jurídico mediante el ejercicio de la acción popular es indebida por lo siguiente: La Ley ha erigido otro medio judicial de ataque, como es la acción de controversias contractuales, por regla general, como único medio idóneo para lograrlo. SECCIÓN TERCERA, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, sentencia del 26 de septiembre de 2002, AP-612, actor: Juan José Baena Restrepo y otro, demandado: Municipio de Pereira, la Empresa de Energía de Pereira S. A.-E. S. P. y la Empresa de Energía y Alumbrado de Pereira S. A.-E. S. P.

En el mismo sentido, véase sección tercera, consejero ponente: María Elena Giraldo Gómez, sentencia AP-537 de 26 de septiembre de 2002, Actor: Lucía del Rosario Vargas Trujillo, Demandado: Municipio de Yaguará (Huila).

mento, básicamente, en conceptos como el interés general, la prevalencia del derecho sustancial y la garantía efectiva de los derechos colectivos.

La aceptación de esta tesis ha permitido que se dicte sentencia en casos como los que a continuación se reseñan:

a) Ecosalud S. A., celebró contrato estatal para la explotación de juegos de suerte y azar (baloto), contrato que fue objeto de acción popular pues, según el actor, resultaba lesivo de los derechos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y la libre competencia económica, por cuanto se había celebrado con desviación del poder, en tanto se convinieron servicios que no estaban autorizados por la Ley y el contratista no había cumplido las exigencias para prestar los servicios encomendados.

El Consejo de Estado precisó que respecto del examen de legalidad de un contrato pueden concurrir tanto la acción contractual como la acción popular. Si se trata de acción popular, el juzgamiento ha de versar sobre la presunta vulneración de los derechos colectivos y es al juez a quien corresponde determinar si, para efectos de su protección, se requiere declarar la nulidad total o parcial de un contrato estatal.

No obstante si en el marco de una acción popular se encuentra acreditada una violación legal que pueda acarrear la nulidad del acto o contrato y la misma no concurre con una vulneración de la moral administrativa u otro derecho colectivo, el juez no puede declarar la nulidad referida porque excedería el límite de su competencia funcional, dado que dicha acción no tiene por objeto la nulidad de los actos o contratos sino la protección de los derechos colectivos.

En la sentencia⁵³ efectivamente se analizó la estipulación del contrato que obligaba a Ecosalud S. A., a comprar al contratista la actualización del *software*, y se determinó que esta cláusula no había sido previamente contenida en respectiva convocatoria y en consecuencia, al estar incurso en la causal de desviación de poder, se anuló por ser contraria a los valores que tutelan la moralidad administrativa.

b) Las autoridades del municipio de Pasto constituyeron con particularidad la Asociación Nuevo Estadio Pastusidad Tercer Milenio, cuyo objeto era construir un estadio para la práctica del fútbol, obra que efectivamente se empezó a ejecutar.

53 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, sentencia AP-098 del 19 de julio de 2002.

Manuel Jesús Bravo, interpuso acción popular solicitando la protección del derecho a la moralidad administrativa, que consideraba vulnerado por el municipio de Pasto como consecuencia de la construcción del mencionado proyecto.

El Tribunal de primera instancia negó las pretensiones y ante la apelación del fallo por parte del actor popular, el Consejo de Estado encontró irregularidades en la expedición de la licencia ambiental, carencia de licencia de construcción y evidenció que los fines impuestos por el Plan de Ordenamiento Territorial de Pasto habían sido traicionados para privilegiar el cumplimiento del programa de gobierno del alcalde, puesto que las autoridades conocían dictámenes técnicos que alertaban sobre riesgo volcánico en la zona donde se adelantaría el proyecto y la imposibilidad de prevenir o resistir un eventual desastre.

Dado lo anterior, el Consejo de Estado⁵⁴ revocó la sentencia del tribunal y en su lugar concedió el amparo a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la seguridad pública, ordenando a la Alcaldía municipal de Pasto que suspendiera definitivamente las obras —esto es la ejecución del contrato— relacionadas con el proyecto.

c) Dragacol S. A. y el Ministerio de Transporte celebraron conciliación de las discrepancias surgidas en ejecución de contratos estatales por la suma de veintiséis mil millones de pesos (USD\$9.441.000). De esta suma, el Ministerio de Transporte realizó el pago de 17,600 millones de pesos (USD\$6.391.000).

En ejercicio de la Acción Popular, la Contraloría General de la República, demandó a la Nación-Ministerio de Transporte y a la Sociedad Dragacol S. A., solicitando que se declarara que el acta de conciliación suscrita entre las partes carecía de efectos jurídicos, por haberse constituido en vía de hecho.

Por su parte, el ciudadano Jaime Botero Correa también presentó demanda de acción popular solicitando la suspensión de los efectos de la conciliación celebrada entre Dragacol S. A. y el Ministerio de Transporte y, como consecuencia el reintegro de lo pagado y la orden al Ministerio de abstenerse de pagar el saldo pendiente de la conciliación; asimismo, solici-

54 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia AP-166 del 17 de junio de 2001, actor: Manuel Jesús Bravo.

tó el reconocimiento y pago del incentivo que estipula la ley a favor del demandante. Los dos procesos fueron oportunamente acumulados.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca ordenó la vinculación al proceso del Ministro de Transporte, del jefe jurídico del Ministerio, del viceministro de Transporte, del apoderado de Dragacol S. A., del procurador delegado que suscribió la conciliación, de la conciliadora designada por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, y del secretario general del Ministerio de Transporte.

La sentencia de primera instancia negó las pretensiones de los demandantes, y fue apelada tanto por la Contraloría como por el ciudadano Bote-ro Correa.

El Consejo de Estado al estudiar la apelación sostuvo⁵⁵ que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados; que la acción popular es, a la vez, de naturaleza preventiva y correctiva; que la acción popular resulta procedente para el estudio de procedimientos donde presuntamente se involucren el abuso de la función administrativa en beneficio individual y la recuperación de sumas de dinero que se desvían del patrimonio público a causa de la corrupción administrativa; que la moralidad administrativa está vinculada a que el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, que permitan que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado; que el funcionario público en el desempeño de sus funciones debe tener presente que su función está orientada por el interés general, el cumplimiento de la ley y el mejoramiento del servicio; que si el funcionario público o inclusive, el particular, actúan favoreciendo sus intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, u omiten la diligencia necesaria para preservar los intereses colectivos, o transgreden la ley en forma burda, entre otras conductas, se está ante una inmoralidad administrativa que puede ser evitada o conjurada a través de la acción popular.

Al analizar el caso, la Corporación concluyó que al momento de la firma del acuerdo de conciliación no existían pruebas de las que se pudiera deducir la responsabilidad del Ministerio de Transporte en las cuantías que exi-

55 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, consejera ponente: Ligia López Díaz, sentencia AP-300 del 31 de mayo de 2002, actor: Contraloría General de la República, demandado: La Nación-Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S. A. Dragacol S. A.

gía la sociedad Dragacol S. A. y, en consecuencia, sus representantes desconocieron el principio de la moralidad administrativa.

El Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, amparó el derecho colectivo a la moralidad administrativa, declaró sin efectos el acuerdo conciliatorio, ordenó a Dragacol el reintegro de la suma de 13'069'569,621 pesos con un centavo (4'745,668 dólares americanos), debidamente actualizada (suma que corresponde a la diferencia entre lo que se le había pagado y lo que aparecía probado como realmente adeudado), ordenó el embargo de las dragas u otras naves de propiedad de Dragacol S. A., y de sus cuentas bancarias, declaró responsable solidario con la sociedad Dragacol al ex ministro de Transporte por el valor no recuperado de lo pagado en exceso, ordenó al Ministerio de Transporte abstenerse de realizar otros pagos derivados del acuerdo conciliatorio y fijó a favor de los accionantes por partes iguales, a título de incentivo, el 15% del valor que llegare a recuperar el Ministerio de Transporte con ocasión de la acción popular.

d) Javier Rincón y Héctor Suárez instauraron acción popular contra la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) y el ex ministro del Interior y de Justicia Fernando Londoño Hoyos, quien compró 145 millones de acciones de la sociedad Invercolsa que eran de propiedad de Ecopetrol.

Dado que de conformidad con la normatividad vigente el paquete de acciones debía ofrecerse inicialmente a los trabajadores y ex trabajadores en condiciones muy favorables por razones de democratización de su titularidad, Fernando Londoño adujo supuesta calidad de trabajador para adquirirlo.

Los actores alegaron que Londoño se prevalió indebidamente de una condición de trabajador que no tenía, pues su vínculo con Invercolsa era comercial y no laboral como lo declaró el Tribunal Superior de Bogotá⁵⁶ y

⁵⁶ En efecto, Londoño inició contra Invercolsa proceso ordinario laboral para reclamar el pago de salarios y prestaciones sociales, proceso que concluyó con fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el cual se dijo: “el mismo actor determinó ... que no tuvo contrato de trabajo con la sociedad demandada en el año de 1991, que él obró como representante de la sociedad Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda. ante la sociedad Invercolsa, que existió un contrato de mandato con representación de naturaleza comercial entre Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda. e Invercolsa S. A., y por último que la sociedad Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda... en desarrollo y para la ejecución del mismo contrato comercial, lo delegó para actuar como presidente de Invercolsa S. A., lo que necesariamente excluye la existencia del contrato de trabajo...”.

que, en consecuencia, con la venta de las acciones se habían vulnerado los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa.

Ecopetrol alegó en su defensa que instauró proceso ordinario con el fin de que se declarara ineficaz la adquisición de las acciones. Por su parte, Londoño no contestó la demanda pese a que se le hicieron varias citaciones y se dejó aviso en la sede del Ministerio que a la sazón regentaba.

El Tribunal denegó las pretensiones de la demanda y tanto los actores populares como el Procurador Judicial interpusieron recurso de apelación, que fue resuelto por el Consejo de Estado, en sala plena, mediante sentencia del 9 de diciembre de 2003.⁵⁷

Al estudiar la procedencia de la acción popular para pretender la ineficacia de contratos celebrados por las entidades estatales, la corporación señaló que efectivamente esta actividad es susceptible de control mediante dicha acción, inclusive respecto de la conducta del particular contratista dada la condición de colaborador de la administración que asume en virtud del contrato.

Destacó el Consejo de Estado que, de conformidad con la sentencia del Tribunal Superior, nunca existió vínculo laboral entre Invercolsa y Londoño y que en consecuencia la conducta que éste desplegó para lograr la adquisición de las acciones contravino abiertamente las normas que regían el proceso de democratización de la propiedad accionaria y puesto que estas normas son de derecho público, las conductas contractuales que les sean contrarias tienen objeto ilícito y en consecuencia no puede repetirse lo que se haya pagado.⁵⁸

Estas irregularidades, sostiene la Corporación, lesionan la moralidad administrativa y el patrimonio público; a su vez,

Fernando Londoño Hoyos fue su protagonista al aparentar una calidad que no poseía y beneficiarse del precio fijo —equivalente al precio mínimo de venta— reservado a los destinatarios preferenciales de la primera fase de la venta, sustrayéndose ventajosamente a la competencia o puja que habría tenido que afrontar en la subasta que habría de realizarse en la segunda fase, única en que le era lícito participar.

57 CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, sentencia del 9 de diciembre de 2003, radicación 2002-01204, consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

58 Esto de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1519 y 1525 del Código Civil.

El Consejo de Estado, al amparar los derechos colectivos mencionados, declaró absolutamente nula y, en consecuencia ineficaz, la compra efectuada por Londoño y ordenó las correspondientes inscripciones “como si nunca se hubiese realizado la enajenación”; ordenó también la restitución de los dividendos percibidos y declaró que Londoño no podrá repetir contra Ecopetrol la cantidad que pagó como precio de las acciones; finalmente señaló a favor de los actores un incentivo de 150 salarios mínimos (USD\$19.500) que debe ser pagado por Fernando Londoño.

V. CONCLUSIONES

En el camino hacia la construcción de un Estado constitucional, no sólo se requiere de la consagración de derechos, sino que también resulta necesario confeccionar acciones tendentes a lograr su real y efectiva protección.

En Colombia esa consagración y estos mecanismos judiciales son muy recientes y su novedad causa dudas, temores, perplejidad, la angustia de preguntarse si ese nuevo camino será el correcto o es mejor devolverse. Muchas voces se han levantado gritando que hay que retornar, pero acabar estos derechos y estas acciones, o convertirlos en eunucos adornos del sistema jurídico, no es empresa fácil, porque se han ido metiendo en la conciencia de los ciudadanos, que ahora los quieren, los valoran y los hacen suyos.

Las labores de ingeniería jurídica para la construcción de acciones eficaces requieren de imaginación para no repetir los errores del pasado y caer en la tentación de su simple establecimiento formal. La ingeniosa fórmula del incentivo pecuniario para el actor popular, pese a los abusos que se han cometido, se constituye en un verdadero estímulo para la creación de un control social frente a la corrupción que nos aqueja y daña tanto como otros flagelos.

Frente a la acción popular, el papel del juez ha sido definitivo, porque de él depende la eficacia real de las acciones y a él corresponde dotar de contenido, en cada caso, conceptos jurídicos indeterminados como el de moralidad administrativa.

A pesar de su corta existencia como acción constitucional, y gracias a la posición de vanguardia que el Consejo de Estado ha asumido, la acción

popular se perfila en Colombia como un mecanismo judicial de excepcional eficacia para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, contribuyendo a que el control de la actividad de la administración resulte fortalecido no sólo por la superación del tradicional sistema formalista, sino por la convocatoria a la sociedad para apersonarse de la protección de aquello que, por definición, le pertenece.