

CONTRATO ESTATAL – Acción Popular – Contratos

De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos.

El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones.

La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.» [Resalta la Sala].

En conclusión, la Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radicación numero: 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP)

Actor: RODRIGO VALENCIA CAICEDO

Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI-EMCALI E.I.C.E E.S.P Y OTRO

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 27 de septiembre de 2005, proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El señor Rodrigo Valencia Caicedo, en nombre propio y en representación de

la comunidad, demanda a las Empresas Municipales de Cali–EMCALI y a la Fundación Parque Tecnológico del Software–PARQUESOFT- para que se proteja la moralidad administrativa y el patrimonio público¹, declarando la nulidad del Contrato número 100-GG-PS-0051-2005, celebrado entre las demandadas, sin cumplir las normas de contratación.

1. Trámite de primera instancia

1.1 La demanda

1.1.1 Pretensiones

El actor popular impetra la protección de los derechos colectivos, para el efecto solicita:

PRIMERA: Que se protejan los derechos e intereses colectivos declarándose la nulidad del contrato No. 100-GG-PS-0051-2005 de febrero 21 entre las empresas Municipales de Cali-EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y la Fundación Parque Tecnológico del Software–PARQUESOFT, por haberse adjudicado sin el cumplimiento de las normas de contratación obligatorias para la administración pública.

SEGUNDO: Que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas del presente proceso dentro de las cuales se señalarán las agencias en derecho a favor del demandante de acuerdo a las tablas de honorarios establecidas por la ley procesal civil.

TERCERA: Que se me señale como demandante el incentivo establecido en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

Dado que sería difícil establecerse por otro mecanismo el monto que llegará a recuperar las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en el caso de producirse una sentencia favorable a la pretensión primera de la presente demanda, considero que sólo a través de un incidente se podría establecer en forma clara y transparente la cuantía de dicha recuperación, y, por lo tanto, el incentivo a que tendría derecho se me reconociera.

Por la anterior razón solicito respetuosamente al Honorable Tribunal ordene tramitar en su momento un incidente con el señalado objetivo –fls. 20 a 27, cdn. 1-.

1.1.2 Razones de la violación de los derechos e intereses colectivos

Considera el actor que con el procedimiento de contratación directa llevado a

¹ Demanda presentada el 23 de mayo de 2005.

cabo entre EMCALI y PARQUESOFT se viola la moralidad administrativa y se atenta contra el patrimonio público porque contra los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, previstos en los artículos 209 de la Constitución Política y 24 de la Ley 80 de 1993, la entidad pública, sin justificación, omitió realizar licitación o concurso que le hubiera permitido conseguir las mejores condiciones de precios y de servicios.

1.2 Intervención pasiva

1.2.1 EMCALI

La entidad descentralizada se opone a las pretensiones –fls. 38 a 48, cdn. 1-, acepta unos hechos y niega otros, relata las actuaciones que precedieron a la celebración del contrato, expone las necesidades que se requería satisfacer y particularmente el estudio previo a partir del cual la entidad estableció que su plataforma tecnológica era obsoleta y le impedía mejorar y crecer empresarialmente, razón que la llevó a estructurar un proyecto global de renovación tecnológica, con el fin de consolidar el servicio al cliente y lograr posición competitiva en el mercado, teniendo en cuenta el convenio de ajuste financiero, operativo y laboral firmado con sus acreedores, las recomendaciones del consorcio Araujo Ibarra & Asociados S.A. y Felipe Piquero Villegas sobre contratación directa y lo aconsejable de que una sola persona, con suficientes conocimientos y experiencia, administre e integre los doce componentes del proyecto.

Expone EMCALI que, inscrito el proyecto en su banco, invitó únicamente a la Fundación PARQUESOFT, ya que su estatuto contractual le permite la contratación directa, sin importar la cuantía y que adjudicó el contrato luego de evaluar, en sus aspectos jurídicos y técnicos, la propuesta que le presentó la Fundación. Sostiene que la acción ejercida es improcedente para anular el Contrato, porque el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y su estatuto contractual interno autorizan celebrarlo con sujeción al derecho privado y que el actor no tiene interés para pedir la nulidad, porque la violación de derechos colectivos que le imputa a la administración es infundada, ya que no se rige por la Ley 80 de 1993.

1.2.2 Fundación Parque Tecnológico del Software

Por su parte, PARQUESOFT se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó otros, destacó las características del proyecto y afirmó que el contrato que suscribió con EMCALI se sujetó a las reglas del derecho privado, conforme a los artículos 31 de la Ley 142 de 1994 y 8 de la Ley 143 del mismo año y que, adicionalmente, el estatuto interno de EMCALI permite, en el numeral 10 del artículo 20, contratar el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas sin invitar a varias entidades, como lo recomendó el Consorcio contratado por esta

última empresa.

Puso de presente su condición de fundación, sin ánimo de lucro, creada en Santiago de Cali con el fin de diversificar las tendencias de desarrollo del departamento del Valle del Cauca y elevar la productividad por el conocimiento y la utilización de última tecnología, preferiblemente entre entidades extranjeras, por su capacidad de desarrollo, facilidad de soporte técnico, inexistencia de barreras culturales, posibilidad de evitar sobrecostos y beneficiar a la comunidad regional, dado que no exporta utilidades y apoya el emprendimiento de jóvenes humildes. Con apoyo en doctrina nacional concluye que no hay lugar a declarar la nulidad del contrato, porque no se incurrió en dolo para su celebración y la Ley 80 de 1993 no le resulta aplicable.

1.3 Alegatos de conclusión

1.3.1 Por la parte actora

En sus alegatos de conclusión –fls. 164 a 170, cdn. 1- el actor insiste en la nulidad del contrato porque, al margen de las previsiones de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que Agente Especial de EMCALI, basándose en un estatuto que expidió sin facultades, adjudicó el contrato sin mediar procedimiento que estimulara la concurrencia de oferentes, como lo exige la Ley 142 de 1994, particularmente su artículo 35². Desconociendo por consecuencia el principio de transparencia que se acompasa con la moral administrativa, al tenor del artículo 209 de la Constitución Política.

1.3.2 Por la parte pasiva

1.3.2.1 EMCALI

La entidad reitera los argumentos de su defensa –fls. 171 a 184, cdn. 1- y enfatiza que no violó el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, porque, según los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 y la resolución n.º 0186 del 1 de marzo de 2004, expedida por el Agente Especial, su contratación se rige por el derecho privado. Sostiene que no ejerce función pública cuando celebra contratos, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional³ y concluye que no se reúnen las pautas señaladas por esta Corporación⁴ para el juicio sobre violación

² Esta norma impone a las empresas de servicios públicos “el deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas”, en los siguientes términos: “[l]as empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes”.

³ Sentencia C-037 de 2003.

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 3 de marzo de 2005; radicación No. 85000-23-31-000-1997-0456-01 (15.322): “(...) se entenderá por moral 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 del buen funcionario”.

de la moralidad administrativa, porque su representante legal ejerció debidamente sus competencias y el demandante no desvirtuó la legalidad del contrato.

1.3.2.2 Fundación Parque Tecnológico del Software

En sus alegatos -fls. 161 a 163, cdn. ppal.- PARQUESOFT resalta que el actor popular, además de no probar el actuar intencional o doloso constitutivo de falta a la moralidad administrativa, en que basa sus pretensiones, desconoce que la contratación de la empresa demandada se rige por normas del derecho privado.

1.4 Sentencia de primera instancia

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones. Sostuvo que la demandada es una Empresa Industrial y Comercial del Estado prestadora de servicios públicos domiciliarios, con régimen privado de contratación, de conformidad con la Ley 142 de 1994 y, por consiguiente, no obligada a adelantar el proceso de selección objetiva establecido en la Ley 80 de 1993.

En cuanto a la moralidad administrativa señaló el Tribunal que, de acuerdo con la jurisprudencia⁵:

(...) ella centra su atención en el manejo transparente y objetivo de los recursos públicos con la única finalidad de que no se desvíen o sean utilizados con detrimento del patrimonio público y en especial para la comunidad. Este núcleo esencial del derecho fundamental colectivo tiene como propósito controlar a las autoridades públicas o privadas que manejan recursos de los contribuyentes pero tiene como derrotero la calidad de la entidad acusada, vale decir será materia de control constitucional aquellas entidades que manejan los dineros que pertenecen a la sociedad y todo ello con miras a que los procesos de contratación, elección de los contratistas, adquisición de bienes y servicios sean diáfanos y con el compromiso de honestidad que deben predicar los encargados del manejo. De igual manera el derecho constitucional es predicable para todas las actuaciones que realicen las entidades públicas y privadas que tengan como ingrediente básico los recursos públicos. Fuera del anterior contexto las actuaciones se evalúan de acuerdo con el trámite especial, pero en todo caso la pulcritud es el núcleo esencial del derecho invocado. Corresponde entonces al juzgador que en el tema propuesto (sic) los recursos se estén manejando conforme a las nociones arriba descritas.

Concluyó el Tribunal *a quo*, con fundamento en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que la selección de PARQUESOFT para contratar la ejecución de la Plataforma Tecnológica Integral de EMCALI fue idónea, porque las previsiones de la Ley 80 de 1993 no rigen su contratación. De modo que solo su declaración de voluntad la vincula, sin procedimiento o solemnidad alguna.

⁵ Providencia del 26 de septiembre de 2002, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, consejera ponente María Elena Giraldo.

2. Trámite de segunda instancia

2.1 El recurso de apelación

La parte actora apela la providencia⁶ –fls. 200 a 204-. Señala que, aunque la Ley 80 de 1993 no rige la contratación de EMCALI, el tribunal desatendió que en la toma de posesión se infringieron los principios generales de la moralidad administrativa, porque el Agente Especial dictó normas de contratación sin facultades para ello y adjudicó el contrato directamente, con fundamento en prerrogativas que el mismo se otorgó.

Posteriormente, en escrito de ampliación del recurso⁷ -fls. 205 y 206-, el actor popular insiste en la ilegalidad del contrato, porque fue adjudicado por el Agente Especial de EMCALI, con fundamento en un estatuto de contratación jurídicamente inexistente y usurpando funciones de la Junta Directiva de la entidad.

2.2 Medida cautelar

El actor popular solicitó a esta Corporación como cautelar la suspensión provisional del contrato, sobre el que versa la acción, reiterando los argumentos de sus alegatos de conclusión. Agregó que el artículo 11 de la Ley 489 de 1998 prohíbe delegar la expedición de reglamentos de carácter general y que las empresas prestadoras de servicios públicos deben cumplir los principios que, según esta misma ley, rigen la función administrativa⁸ -fls. 216 a 222-. No obstante, mediante auto de 15 de febrero de 2006 –fl. 224-, confirmado el 8 de septiembre del mismo año –fls. 302 y 303-, esta Corporación negó la medida cautelar impetrada. Para el efecto sostuvo que la solicitud del actor popular fue despachada desfavorablemente en la primera instancia y que entonces no se contaba con los motivos suficientes para proceder, preventivamente, conforme a lo exigido en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998.

2.3 Alegatos finales

En su intervención final, el actor popular reitera los fundamentos de derecho invocados en la primera instancia y en la sustentación del recurso de apelación.

Por su parte, EMCALI guardó silencio, mientras PARQUESOFT⁹ insistió en los planteamientos de su defensa.

La Fundación insiste en su naturaleza privada, en que contrató bajo un

⁶ Escrito presentado el 18 de octubre de 2005.

⁷ Escrito presentado el 31 de octubre de 2005.

⁸ Escrito presentado el 6 de febrero de 2006.

⁹ Escrito del 28 de marzo de 2006.

régimen de derecho privado; fue seleccionada como contratista idóneo bajo este mismo régimen y el actor no demostró la violación de la moralidad administrativa que alega. Agrega que la demanda se basa en la no aplicación de la Ley 80 de 1993, a la vez que en los alegatos de conclusión y en el recurso de apelación el actor popular reconoce que esa ley no le es aplicable. Finalmente, pone de presente que los hechos y fundamentos nuevos traídos por el actor, después de la demanda, no pueden ser considerados, comoquiera que el recurso de apelación tiene como propósito único impugnar la sentencia de primera instancia.

2.4 Pruebas de oficio

Encontrándose el proceso en estado de dictar fallo, para los fines previstos en el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, la Sala ordenó¹⁰ que EMCALI aportara al proceso i) los actos expedidos para la adopción y modificación de su Estatuto General de Contratación; ii) los antecedentes de la selección del contratista, relativos a los estudios o análisis de orden técnico, financieros, económicos, de mercado y jurídicos, los diseños, certificado de disponibilidad presupuestal, la decisión que dispuso adelantar el procedimiento de selección contractual, su modalidad y la consiguiente celebración del contrato, el pliego de condiciones o los términos de referencia, la convocatoria, invitación o solicitud de ofertas, los contratos celebrados con consultores o asesores técnicos, financieros, jurídicos, etc., para la elaboración de los estudios aludidos y la oferta presentada por el contratista finalmente seleccionado y iii) toda la información relacionada con las comunicaciones cursadas desde el contratista hacia EMCALI sobre la posibilidad de celebrar subcontratos; conceptos o pronunciamientos del interventor a cerca de la viabilidad, conveniencia, pertinencia o necesidad de que el contratista PARQUESOFT subcontratara; los pronunciamientos de EMCALI sobre esta materia y los subcontratos celebrados por el contratista, junto con sus antecedentes y soportes –fls. 306 y 307-.

La información relevante, recabada con fundamento en esta decisión de la Sala, será tenida como material probatorio en estado de valoración, en tanto debidamente aportado al proceso.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Conforme con los artículos 15 de la Ley 472 de 1998¹¹ y 1º del Acuerdo 55 de agosto 5 de 2003¹² expedido por la Sala Plena esta Corporación, la Sección

¹⁰ Auto del 24 de enero de 2007.

¹¹ Según esta norma, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acciones populares originadas en "(...) *actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas*". Por esta razón, sin necesidad de ahondar en el criterio material contenido en la ley, basta verificar la calidad de entidad pública que detenta EMCALI E.I.C.E. E.S.P. para concluir que esta jurisdicción debe conocer de este asunto. Así se ha reiterado, por ejemplo, en sentencia de 16 de agosto de 2007, exp. AP-2004-00992-01, Actor: Per Olof Rodolfo Elsin Sabino.

¹² Conforme a lo dispuesto en esta norma, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer,

Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, que el 27 de septiembre de 2005 resolvió la acción popular de la referencia, sobre asuntos contractuales, relacionados con el derecho a la moralidad administrativa en contra de EMCALI, entidad pública¹³ del orden municipal.

El 26 de marzo de 2008, el Consejero de Estado Ramiro Saavedra Becerra manifestó su impedimento para conocer del asunto, aceptado mediante auto de 10 de abril del mismo año –fls. 409 a 410-. En sorteos efectuados en las sesiones del 11 de junio y 9 de septiembre de 2009 la Sala designó a los conjuces Luis Fernando López Roca y Mario Alario Méndez, respectivamente.

El 10 de diciembre de 2009 se asignó el expediente a la Consejera Myriam Guerrero de Escobar, siguiente en turno, en razón de que el proyecto de sentencia presentado por el Consejero Enrique Gil Botero no fue acogido por la Sala de Sección.

Posteriormente, por recomposición de la Sección Tercera, el 13 de octubre de 2010 se reasignó el expediente a la Subsección B, quedando desplazados los conjuces, al tenor lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 1265 de 1970¹⁴.

De conformidad con lo acordado el 28 de febrero de 2011 por la Subsección B, el proyecto fue registrado el 5 de abril siguiente para decisión de la Sala de Sección, dado el conocimiento previo que el pleno de la Sección ha tenido sobre este asunto¹⁵.

2. El problema jurídico planteado

El actor demanda la protección de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, porque EMCALI desconoció los principios constitucionales de igualdad, moralidad, imparcialidad y transparencia a los que estaba obligada, dado que adjudicó a PARQUESOFT el contrato de prestación de servicios n.º 100-GG-PS-0051-2005 sin concurso o licitación públicos, impidiendo que otros oferentes concursaran y privando a la entidad de conseguir mejores condiciones de precios y de servicios, contrariando las exigencias de los artículos 209 de la Constitución Política y 24 de la Ley 80 de 1993¹⁶.

por reparto, de “(...) las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquéllas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa”.

¹³ En efecto, según el Acuerdo 14 de 1996 del Concejo Municipal de Santiago de Cali, modificado por el Acuerdo 034 del 15 de enero de 1999, EMCALI es una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

¹⁴ Según esta norma, “[l]os conjuces que entren a conocer de un asunto deberán actuar hasta que termine completamente la instancia o recurso, aunque concluya el periodo para el cual fueron elegidos, pero si se modifica el personal de la Sala, los nuevos Magistrado desplazarán a los conjuces”.

¹⁵ Es de notar que la Sección se vio en la necesidad de aplazar la decisión aguardando que la Sala Plena unificara su posición en cuanto al derecho al incentivo, decisión que fue adoptada en 3 de septiembre del año en curso; Magistrado ponente: Mauricio Fajardo Gómez; radicación 2009-1566.

¹⁶ Posteriormente relaciona las leyes 142 de 1994 y 489 de 1998.

Las entidades demandadas insisten en que suscribieron un contrato de derecho privado, al que no le son aplicables las previsiones de la Ley 80 de 1993 en materia de selección objetiva, conforme a lo previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994. Razón por la cual i) podían contratar directamente, siguiendo las normas del estatuto contractual interno de EMCALI y ii) resulta improcedente la acción popular para cuestionar la validez y declarar la nulidad del contrato celebrado.

Corresponde, entonces, a la Sala resolver, en primer lugar, lo relativo a los alcances de la acción popular frente a los contratos de las entidades públicas, para luego decidir si la actuación iniciada por EMCALI, en orden a contratar la ejecución del proyecto de Plataforma Tecnológica Integrada y que culminó con la celebración del contrato n.º 100-GG-PS-0051-2005 con PARQUESOFT, vulneró los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, por haber omitido un procedimiento que garantizara la libre concurrencia de oferentes y privado a la entidad pública de obtener mejores condiciones de precios y de servicios.

Definido estos asuntos, deberá considerar la Sala los efectos de su decisión respecto de las actuaciones previas a la selección del contratista y al contrato celebrado y, en todo caso, adoptar las medidas que se requieran en defensa de los derechos colectivos, restituyendo las cosas a su estado anterior, de ser ello posible y necesario.

Siendo así, primeramente la Sala fijará el alcance de la acción popular frente a la observancia de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público y luego analizará el régimen jurídico aplicable a la contratación de EMCALI, teniendo en cuenta la normatividad invocada por las partes, para así resolver el caso concreto.

3. La acción popular frente a los contratos de la entidad pública prestadora de servicios públicos domiciliarios

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en sentencia del 9 de diciembre de 2003¹⁷, acogió la jurisprudencia de esta Sección según la cual, al tenor del ordenamiento constitucional y legal, se impone la procedencia de la acción popular como mecanismo principal de control para garantizar la eficacia de los derechos colectivos, cuando quiera que son puestos bajo peligro de vulneración o son violados por la actividad contractual de la administración.

Casos en los que corresponde al juez popular tomar todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones potencial o efectivamente generadores de la afectación de los intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, a las que sirven entre otras, la declaratoria de nulidad de los contratos viciados de estas irregularidades, la pérdida de todos sus efectos y la

¹⁷ Consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, radicación número 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ.

imposición de las restituciones mutuas.

Así lo precisó la Sala Plena en referida sentencia –se destaca el texto con subrayas-:

Por lo que hace relación a los contratos de las entidades públicas, en el artículo 40 de la Ley 472 se mencionó expresamente que las irregularidades en la contratación dan motivo a la Acción Popular como medio de defensa de la moralidad administrativa. Su tenor es como sigue:

«Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

*Para los fines de este artículo y **cuando se trate de** sobrecostos o de otras **irregularidades provenientes de la contratación**, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.*

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.» (Resalta la Sala).

Síguese de esta norma que la actividad de las entidades estatales en materia de contratación es susceptible de control a través de la Acción Popular. Con tanta más razón si se atiende a que el Estado dispone de una alta proporción de sus bienes y recursos a través de los cauces de la actividad contractual. El Consejo de Estado ya había tenido ocasión de examinar la procedencia de la Acción Popular frente a contratos estatales. Así, en sentencia de 31 de octubre de 2002¹⁸, la Sección Tercera consignó las siguientes consideraciones, que la Sala hace suyas:

«II. La acción popular frente a los contratos estatales

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que **con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos.**

2. (...)

El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones (ibídem).

¹⁸ Expediente AP-059.

(...)

3. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, **se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.» (Resalta la Sala).**

En conclusión, la Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley.

Con fundamento en estas razones, en el caso sujeto a consideración de la Corporación i) se declaró la nulidad e ineficacia de un contrato de compraventa de acciones ejecutado cinco años y medio atrás, por objeto ilícito, en tanto fue celebrado incurriendo en irregularidades violatorias de la moralidad administrativa y atentatorias del patrimonio público y ii) se resolvió volver las cosas a su estado anterior, “... como si nunca se hubiese realizado la enajenación”, incluyendo las restituciones que se encontraron procedentes.

Se destacó, en esa oportunidad que, a partir de la vigencia del acuerdo n.º 55 de 2003, que le atribuyó el conocimiento de las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y las relacionadas con los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio, se ha mantenido la línea jurisprudencial reseñada, superando así pronunciamientos anteriores a cuyo tenor se considera improcedente la acción popular para discutir la validez de los contratos de la administración y anular su efectos.

La Sala puso de presente lo que hasta la fecha de la decisión, esto es 5 de octubre de 2005, venían sosteniendo las distintas secciones de la corporación sobre el punto¹⁹:

2. Las acciones populares frente al contencioso contractual

No ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en punto a determinar el alcance de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de los alcances de sus atribuciones, en particular, si la defensa de los derechos o intereses colectivos le permite adoptar decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la Administración.

La interpretación de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el alcance de las facultades del

¹⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2005, consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, radicación número 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP).

juez popular, en lo que hace a revisión de la legalidad de actos y contratos de la Administración, ha experimentado una evolución, no exenta de contradicciones, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Hay que señalar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia se debió -en parte- a que en un comienzo todas las secciones conocían de los más disímiles asuntos, circunstancia que vino a ser remediada con la expedición del Acuerdo 55 de 2003, por el cual se reformó el reglamento interno del Consejo de Estado, el cual atribuyó exclusivamente a la sección tercera el conocimiento de las acciones populares interpuestas en materia contractual, lo mismo que las atinentes a la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.²⁰

Una primera línea jurisprudencial²¹, si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de la legalidad del contrato, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual²². En otras palabras, conforme a este criterio la acción popular no es de recibo para controvertir la legalidad del contrato estatal, como que al efecto la ley prevé otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A.²³; corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto²⁴(...).

En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho colectivo,²⁵ de modo que la acción popular en estos

²⁰ "Cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003: "El Consejo de Estado conoce, hoy en día, de las acciones populares -en segunda instancia- por la disposición del parágrafo del artículo 16 de la ley 472 de 1998, competencia que, en el enunciado legal, es transitoria, hasta tanto se pongan en funcionamiento los juzgados administrativos que fueron creados por la ley 446 de 1998.//Probablemente por la provisionalidad de la atribución legal, el conocimiento de tales acciones se distribuyó por igual, entre las cinco secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo para que las decidieran en última instancia, circunstancia que ha generado interpretaciones diversas, en ocasiones contrapuestas, sobre puntos que merecían idéntico tratamiento, sin que exista posibilidad alguna de unificación jurisprudencial, dado que por decisión de la propia corporación, frente a tales fallos no procede el recurso extraordinario de súplica.//Por ello, el Consejo de Estado, mediante Acuerdo No. 55 de 2003, reformó su reglamento interno para lograr una distribución racional de las acciones constitucionales; concretamente, en cuanto atañe a las acciones populares, la reforma prevé que la sección tercera conocerá de las que versen sobre asuntos contractuales así como de las relacionadas con el derecho colectivo a la moralidad administrativa; en los demás casos, la competencia corresponderá a la sección primera de la Corporación."

²¹ "Se han agrupado en dos grandes tendencias obviando las diferencias de matiz. Quizás es más procedente desde el punto de vista metodológico un estudio en función de cada Sección como el que se encuentra en HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003".

²² "En CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Pero esta postura no es uniforme al interior de las providencias expedidas por esta sección. // Es también el criterio de algunas de las providencias de la Sección Cuarta. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 30 de mayo de 2002, Exp. AP 0106; Sentencia de 16 de agosto de 2002, Exp. AP 1768".

²³ "Fue el criterio adoptado por la Sección Segunda. Ver CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp. AP 025, C.P. Carlos Arturo Orjuela; Subsección A, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 156, C.P. Jesús María Lemos B.; Sentencia de 5 de julio de 2001, AP 068 C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia de 4 de abril de 2002, AP 897".

²⁴ "CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 3 de abril de 2001, Exp. AP 0089".

²⁵ "Es el criterio de otro grupo de providencias de la Sección Primera, que sin ocuparse de teorizar al respecto entró a evaluar la legalidad de los contratos acusados vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 158, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia de 3 de mayo de 2002, Exp. AP 0308; Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Exp. AP 115. En providencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 20020055901, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta La Sección Primera fue explícita al señalar que "...la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando

eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario.

Criterio respaldado por varios comentaristas, que sostienen que:

“ (...)En el caso de los contratos, la acción popular es procedente, sólo para conjurar el daño contingente, siempre y cuando la medida preventiva no conlleve adoptar decisiones que sean del resorte del juez del contrato en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A., sino únicamente las que tengan relación directa con la amenaza del daño colectivo. A manera de ejemplo, es factible una acción popular para obligar a un contratista a restituir el tránsito de una carretera deteriorada por la ejecución de una obra cuando quiera que esta circunstancia origine una amenaza a un derecho colectivo. Al igual, creemos que el juez de la acción popular si observa vicios de ilegalidad en la celebración del contrato, deberá señalarle al demandante que existe el camino de las acciones contenciosas.

*La posibilidad de suspensión de la ejecución de un acto administrativo o de un contrato mediante la herramienta de la acción popular, a nuestro juicio deviene porque el juez no está facultado para negar esta acción aduciendo que existe otro medio de defensa judicial, basta únicamente que advierta la violación del derecho colectivo para que proceda a decidir de fondo el asunto*²⁶ (subrayas originales).

fuere posible, de suerte que sólo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnere o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contenciosas administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva. //La Sección Tercera desde un comienzo admitió la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, al encontrar determinado que no se trata de un instrumento procesal subsidiario. Aunque en un comienzo pareció negarlo desde el punto de vista conceptual (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp. AP 057, C.P. Jesús María Carrillo), en ocasiones ha reconocido su procedencia aunque no se haya ocupado de analizar la legalidad de los contratos atacados en la práctica ha terminado por suspender el contrato estatal (Sentencia de 17 de junio de 2001, Exp. AP 166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez), mientras que en otras oportunidades ha admitido la posibilidad de decretar la nulidad de un contrato o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo (Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. AP 1136 y Sentencia de 21 de marzo de 2002, Exp. AP 285, C.P. Jesús María Carrillo). De modo que “[a] partir de tal aceptación, la preocupación de esta Sala parece estar más encaminada a trazar los límites entre la acción contractual y la acción popular...mostrando preocupación por evitar fallos contradictorios” (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit.), vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 612, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

La Sección Cuarta en Sentencia de 31 de mayo de 2002, Exp. AP 300, C.P. Ligia López Díaz revisó la legalidad de una conciliación: “el fallo...al parecer, entendió el asunto como de naturaleza contractual y aceptó que la acción popular procede en su contra” (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit.). En sentencia de 10 de julio de 2002, Exp. AP 0465, la misma sección avocó el conocimiento en sede popular del dominio.co. Por auto de 12 de mayo de 2003, Exp. 1300123310002003-90011-01 la misma Sala revocó la decisión del A Quo que rechazó una acción popular por estimar que las pretensiones que discuten la validez de un contrato no son susceptibles de estudio en sede popular.

La Sección Quinta también admitió en su momento la procedencia de la acción popular en tanto se acredite la vulneración del derecho colectivo invocado e incluso ordenó la suspensión del contrato o anuló las estipulaciones de algunas cláusulas por ser contraria a los valores que tutelan la moral administrativa: vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia 1 de febrero de 2001, Exp. AP 151, C.P. Darío Quiñones P.; Sentencia de 12 de febrero de 2001, Exp. AP 008; Sentencia de 24 de agosto de 2001, Exp. AP 100, C.P. Darío Quiñones; Sentencia de 19 de julio de 2002, Exp. AP 098; Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. AP 435, C.P. Reinaldo Chavarro; Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. AP 2599, C.P. Reinaldo Chavarro”.

²⁶ ORDÓNEZ MALDONADO, Alejandro La acción popular...op. Cit. p. 161 y 162.

Al decir de Botero "...nos referimos exclusivamente a los actos jurídicos bilaterales (contrato estatal, actas de acuerdo, actas de liquidación por mutuo acuerdo, etc.), que contienen tanto voluntad administrativa como voluntad privada y que pueden, bien desde su celebración (v. gr. violatorio de la seguridad pública o del

Desde una similar óptica se ha considerado que:

“[d]e conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de la función administrativa, debe guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. Esto significa que a través de los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos. (...)”

Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular.

La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.”²⁷

Nótese que la jurisprudencia ha adoptado soluciones disímiles, por no decir antinómicas, que

“van desde la negativa rotunda a cualquier control -incluido el de la validez- de los contratos estatales, hasta la plena aceptación del mismo, la admisión de la posibilidad de que el actor popular solicite la nulidad absoluta del contrato estatal o de que el juez la declare de oficio, la suspensión de procesos precontractuales para que se cumplan determinados requisitos que el juez entiende necesarios para la tutela adecuada de los derechos colectivos, la suspensión temporal de los efectos de un contrato mientras el juez de la acción ordinaria contractual se pronuncia sobre su validez, la suspensión de obras que son fruto de un contrato por encontrarlas contrarias a dichos derechos, etc. En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular”²⁸ (subrayas

patrimonio público) violar o amenazar un derecho colectivo.// (...) Como ocurre con los actos administrativos, en ninguna parte se incluyó una causal de nulidad expresa sobre la violación o amenaza de derechos colectivos. A pesar de ello, en nuestra opinión, dicha causal de nulidad podría enmarcarse en la de objeto ilícito, pues como ya se demostró, un acto violatorio de un derecho colectivo es, en principio violatorio de la Constitución.(...) /Esta Sentencia (Consejo de Estado, Sección Quinta, 19 de julio de 2002, Rad. 25000-23-26-000-2000-010401) acogió la tesis garantista y reconoce que, a pesar de que el objeto de la acción popular no es controvertir la legalidad de actos administrativos o contratos, si estos son la causa de la afectación o amenaza de un derecho colectivo, el juez puede anularlos de oficio” (BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. Acción popular y nulidad de actos administrativos. Protección de derechos colectivos. Serie Lex Nova, Ed. Legis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, primera edición, 2004, p. 139 a 144)”

²⁷ HOYOS DUQUE, Ricardo, *La acción popular frente al contrato estatal*, XIV Congreso Colombiano de Derecho procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Santiago de Cali, septiembre de 2003.

²⁸ “HERNÁNDEZ, Alier, *Las acciones...op. cit.*”

del texto en cita).

No obstante lo expuesto, **debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo.** Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, “hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso”²⁹ (...) –se destaca-.

Retomando la idea expresada líneas arriba según la cual la contratación es expresión de la función administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 472, 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. Dispositivo legal reiterado por el artículo 15 eiusdem que atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en “actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”(…).

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo³⁰.

²⁹ “CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en el mismo sentido Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez”.

³⁰ “La jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el momento, parece referirse únicamente a la posibilidad de declarar la nulidad absoluta, excluyendo la relativa; esa conclusión se conforma mejor con la preceptiva legal en esta materia que sanciona la generalidad de las irregularidades con la nulidad relativa y reserva la absoluta para casos excepcionales, tanto en el código civil y en el de comercio como en la ley 80 de 1993; permite el saneamiento, sin exclusiones, de la primera, bien por ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo, mientras que restringe el de la segunda, a veces de manera absoluta, en otras de manera parcial; mientras la nulidad relativa debe ser pedida, en todos los casos, por las partes, su declaración, desde que está vigente el artículo 2º de la ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez sin necesidad de petición de parte, la cual puede ser formulada también por “todo el que tenga interés en ello” y por el ministerio público.// Está, pues, proscrita legalmente toda posibilidad de que el juez, cualquiera él sea y por lo tanto también el de la acción popular, declare oficiosamente una nulidad relativa, y no se atisba tampoco la posibilidad de que una irregularidad de esa naturaleza pudiera amenazar o quebrantar los derechos colectivos, circunstancia que, en la práctica, deja vigente únicamente la hipótesis de la nulidad absoluta.” (HERNÁNDEZ, Alíer. Las acciones populares...op. cit.) // En otro documento el mismo autor plantea las dificultades que enfrenta el tema en

Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso (...).

También destacó la Sala en el pronunciamiento transcrito, que la acción popular no es, en manera alguna, subsidiaria ni residual frente a las dispuestas ordinariamente para controlar la legalidad de la actividad de la administración; razón por la que las medidas que corresponde adoptar al juez deben garantizar la protección integral del derecho colectivo vulnerado, teniendo en cuenta la nueva dimensión que exige su valoración, desde el ámbito constitucional vigente.

Ahora bien, considera la Sala, en esta oportunidad, mantener la línea jurisprudencial unificada desde 2005, pues 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.

En ese orden de ideas, conviene no pasar por alto que Colombia es un Estado social de derecho, fundado sobre la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la superioridad de los derechos inalienables y la supremacía de las normas constitucionales. Y que, entre otros fines esenciales a los que sirve, esta forma de organización política, se encuentra el deber de sus autoridades de garantizar la efectividad de los valores y principios que enmarcan los intereses y derechos de los asociados. Todo ello conforme con los artículos 1º, 2º, 4º y 5º, constitucionales.

Una de las razones que sirven para justificar la supremacía de la norma constitucional tiene que ver con su origen. La Constitución –como lo señala su

materia contractual: "... mientras en relación con los actos se ha instituido únicamente la nulidad, sin calificativos, para los contratos existe la nulidad absoluta y la relativa que tienen causales y fundamentos distintos y la legitimación para pedir las varía en uno y otro casos; la competencia para conocer de las controversias contractuales (y ésta de la nulidad es una de ellas), no siempre está radicada en la sede del juez administrativo : esa es la regla general del artículo 75 de la ley 80 de 1.993 lo cual no impide que algunas de ellas estén sujetas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (...).si el propósito que mueve al actor es el interés general de restablecer el orden jurídico violado, puede pedirse por cualquier persona (siendo, desde este ángulo una acción popular), la nulidad de los contratos, si es relativa sólo se puede pedir por las partes, y, si es absoluta, pueden hacerlo, además, el ministerio público o un tercero con interés directo.

No hay decisiones judiciales que hayan elaborado aproximaciones generales sobre este punto; sin embargo, tomando en cuenta la legislación existente, se podría aventurar la tesis de que, siendo la regla general que compete al juez del contrato pronunciarse sobre su validez, la situación varía cuando se trata de la nulidad absoluta, pues , en los términos del artículo 87 del C.C.A., "El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso" y, siempre que en él (en el proceso) "intervengan las partes contratantes o sus causahabientes".// Según lo han entendido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Tercera del Consejo de Estado, siempre que se cumpla esa doble condición, el juez administrativo dispone de la prerrogativa de declarar la nulidad absoluta del contrato en cualquier proceso, y no solo en los procesos contractuales, lo cual, estimo, que admite la posibilidad de que tal cosa ocurra en el proceso originado en una acción popular." (HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alíer, La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares, conferencia dictada en el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 26 de octubre de 2001, en Revista del mismo Instituto, 2002).

Preámbulo³¹, es el resultado del ejercicio del poder soberano del pueblo colombiano. En todo caso, para asegurarse que la titularidad del poder conserve la magnitud pluralista que abarca tanto a las mayorías como a las minorías constitucionales, el ordenamiento superior prevé restricciones al ejercicio del poder de la administración pública –art. 209- y mecanismos de control jurisdiccional que las hacen efectivas, a través de acciones que facilitan la participación ciudadana, para el efecto las acciones populares, instituidas constitucionalmente para garantizar, entre otros intereses colectivos, la moralidad administrativa y el patrimonio público con mayor proyección que las acciones ordinarias.

Es precisamente bajo estas coordenadas constitucionales que el Estado social de derecho aparece como *“un modelo político organizado en un sistema de efectivas limitaciones al ejercicio del poder, en orden a garantizar la vigencia real y permanente de los derechos así como de los intereses, creencias y libertades de los asociados en todos los espacios y circunstancias, inclusive ante situaciones excepcionales”*³². De esta manera, se configura un complejo normativo con la Constitución en la cúspide que incluye –como la ha recordado la doctrina– *“el diseño de mecanismos eficaces de control en todas las instancias, acompañados de medidas de colaboración y responsabilidad institucionales que los aseguren real y efectivamente”*³³.

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 Constitucional³⁴:

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

³¹ *“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”.*

³² ARAGON REYES, Manuel. Constitución y control del poder. Universidad Externado de Colombia, 1999, p.36.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

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-.

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.

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.

De modo que si se le resta facultades al juez de la acción popular, pueden resultar igualmente ineficaces las constantes reformas legislativas que procuran conjurar las insospechadas formas de corrupción enquistadas en la actividad de contratación, en amplios sectores de la administración pública.

El fenómeno de corrupción y el fin esencial del Estado, al que sirve la acción popular, los puso de presente la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los artículos 40 y 55 de la Ley 472 de 1998³⁵ -se destaca-:

Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general (art. 1); la proclamación de un orden justo (art. 2) y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (arts. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad

³⁵ Sentencia C-088 de 2000, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.

Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos.

De manera que resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los procesos de contratación, en defensa de su transparencia, conforme con lo preceptuado en los artículos constitucionales 2º, 88 y 209.

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;
- iii) en ese mismo orden, la nulidad absoluta de los contratos no es un asunto exclusivo del control de legalidad, sino que ella debe imponerse con mayor razón por la violación de los valores supremos a que está sujeta la actividad de la administración; bajo el entendido de que, si bien en el pasado solo la acción de nulidad se erigía para proteger derechos, principios y valores legales y constitucionales, desde la expedición de la carta política actual los derechos colectivos exigen una acción que no les reste eficacia, la que comprende, además, la nulidad absoluta proveniente de irregularidades que contravienen el derecho público garante de los interés colectivos;
- iv) la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como

durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregona en el ámbito de las acciones ordinarias; y

- v) el régimen jurídico de la acción popular no se agota en la Ley 472 de 1998, sino que está integrado por las distintas normas constitucionales y legales, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa.

Así, en criterio de la Sala, debe tenerse en cuenta que, además de las amplias facultades que le otorga la Ley 472 de 1998 al juez de la acción popular para 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, el derecho común y el estatuto de contratación estatal imponen al juez que, en los asuntos de su competencia, se pronuncie sobre la nulidad absoluta de cara a los actos o contratos que contravienen el derecho público de la nación³⁶, pues por tratarse de irregularidades que no admiten saneamiento procede su declaración de oficio o a petición de parte³⁷.

Quiere decir, entonces, que en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.

Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede dejar sin efectos³⁸ o anular, los contratos estatales violatorios de la moral administrativa y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.

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

³⁶ Conforme con las disposiciones del Código Civil, el objeto ilícito constituye nulidad absoluta del contrato – art. 1741- y “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación” –art. 1519-. Por su parte, el Código de Comercio prescribe que es nulo absolutamente el negocio jurídico “cuando contraría una norma imperativa” -art. 899-. Y en estos mismos casos es nulo el contrato estatal, de conformidad con la Ley 80 de 1993: “[l]os contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...” –art. 44-.

³⁷ Así lo prescribe el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936: “[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria” –se destaca-.

³⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de diciembre de 2003, exp. AP (IJ-1204), consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional³⁹.

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 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.

Sobre los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, esta Corporación también ha precisado:

a) La Moralidad Administrativa:

(...) la moralidad administrativa es 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 crítica⁴⁰.

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. 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.

Si el funcionario público o inclusive, el particular, actúan favoreciendo sus intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, u omiten las diligencias necesarias 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 las acciones populares (...).

Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre ésta efectúe el juez atendiendo los Principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la "moralidad administrativa" con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración

³⁹ Sentencia C-215-99 de 14 de abril de 1999, magistrada ponente Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente AP-163. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

pública.

b) Derecho Colectivo a la protección del Patrimonio Público.

Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto⁴¹.

4. El régimen jurídico aplicable a la contratación de EMCALI

El actor popular sometió el contrato de prestación de servicios n.º 100-GG-PS-0051-2005 al juicio de moralidad administrativa y de defensa del patrimonio público en este proceso, por considerar que EMCALI y PARQUESOFT lo celebraron al margen de los principios de que tratan el artículo 209 constitucional y la Ley 80 de 1993, mientras las entidades demandadas aducen que contrataron directamente, amparadas en las disposiciones de la Ley 142 de 1994 que sujetan los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios al principio de la autonomía de la voluntad, rector del derecho privado.

Al respecto observa la Sala que los servicios públicos domiciliarios se caracterizan porque, i) están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y a la regulación, control y vigilancia del Estado, ii) pueden ser prestados por éste directamente o indirectamente, al igual que por comunidades organizadas o por particulares, iii) demandan la creación de redes físicas o humanas, iv) tienen como punto terminal las viviendas o los sitios de trabajo y v) están destinados a satisfacer necesidades básicas de la población⁴².

Además, en tanto inherentes a la finalidad social del Estado, la prestación de esos servicios debe acompañarse con los criterios de eficiencia, costos, solidaridad y redistribución de ingresos y asegurarse en condiciones de libre

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta; sentencia del 31 de mayo de 2002, citada.

⁴² Entre otras, Sentencias C-585 de 1995, C-493 de 1997, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz y C-035 de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

iniciativa, libertad de competencia, transparencia y neutralidad, según los artículos 333, 334, 365 y 367 de la Constitución Política 2º, 3º, 30 y 34 de la Ley 142 de 1994⁴³.

Específicamente, en virtud de i) la prestación eficiente, los servicios públicos domiciliarios deben ser prestados a tarifas competitivas con precios del mercado, sin trasladar a los usuarios los costos de gestiones ineficientes ni dar lugar a alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales, en los términos de los artículos 365 y 367 constitucionales, 2.5, 87.1 y 94 de la Ley 142 de 1994; ii) la libre competencia, se garantiza la libre concurrencia a la prestación en igualdad de condiciones con quienes ofrecen bienes o servicios similares, complementarios o sustitutos, con el fin de conseguir clientela y mantenerla, sin perjuicio del derecho de ésta a elegir libremente al prestador, como está previsto en los artículos 333 constitucional, 2.6, 9.2 y 23 de la Ley 142 de 1994 y iii) la transparencia y neutralidad, los prestadores deben abstenerse de realizar actos discriminatorios o que otorguen privilegios injustificados, según las exigencias de los artículos 333 y 334 constitucionales y 3.9, 30 y 34 de la citada Ley 142.

Con sujeción a esos principios, en especial, los de libre iniciativa, competencia y eficiencia económica, transparencia y neutralidad, la Ley 142 de 1994 dispuso que los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios se regirán por el derecho privado -arts. 31 y 32-.

En efecto, del régimen jurídico de los contratos previsto en el Título II de la Ley 142 de 1994, se destacan los siguientes aspectos generales:

a) Los prestadores de servicios públicos domiciliarios, incluyendo a aquellos que tienen la calidad de entidades estatales, se rigen por las reglas del derecho privado y no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo disposiciones que así lo indican, para el efecto: los contratos en los que se utilizan cláusulas exorbitantes autorizadas por las Comisiones de Regulación, así como los contratos mediante los cuales los entes territoriales trasladan la prestación directamente o en razón de la disolución o liquidación de empresas estatales encargadas de hacerlo -arts. 31 y 32⁴⁴-.

b) Las normas contractuales establecidas para los prestadores de servicios públicos domiciliarios, incluyendo las del derecho privado, se interpretarán –se

⁴³ Así, según el artículo 2º de la Ley 142 de 1994, que “[e]l Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:// 2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.// 2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.//2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.// 2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.// 2.5. Prestación eficiente.// 2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.// 2.7. Obtención de economías de escala comprobables.// 2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.// 2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad”. Intervención que debe llevarse a cabo, entre otras materias, en lo relativo al “[r]espeto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios” (Ley 142, art. 3º).

⁴⁴ Este último modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001.

destaca- “(...) de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios” (art. 30), esto es, con sujeción a los principios de libre competencia y eficiencia económica.

c) Los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en general, deben actuar con sujeción al principio de neutralidad, esto es, evitar privilegios injustificados en sus actos y contratos y las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica, en particular, abstenerse de privar a los usuarios de los beneficios de la competencia, conforme a los artículos 34 de la Ley 142 de 1994 y 42 de la Ley 143 del mismo año, respectivamente.

d) Los prestadores de servicios públicos domiciliarios, con posición dominante en el mercado, cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios, deberán sujetar su adquisición a procedimientos que aseguren la concurrencia de los eventuales contratistas, en condiciones objetivas y de igualdad, esto es, con sujeción a los principios de transparencia y eficiencia. Las Comisiones de Regulación, por su parte, podrán exigir, por vía general, en estos casos, la celebración de licitaciones públicas o de procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes –art. 35-. Adicionalmente, el artículo 93 *ibídem* dispone que, al definir las tarifas, dichas empresas fijarán el precio de compra al por mayor, consultando la invitación pública a la que se refiere el artículo 35 del mismo estatuto, sin que en ningún caso se trate de un estimativo.

Estas normas revelan la voluntad expresa de la ley de lograr una estrecha relación entre el régimen jurídico de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos y la eficacia de principios constitucionales, como la libre competencia y la eficiencia económica, la autonomía de la voluntad privada, la transparencia y la neutralidad, de que trata el artículo 333 constitucional, cuyas disposiciones garantizan la libertad de competencia como un derecho de todos que supone responsabilidades y que se debe proteger, impidiendo que se obstruya o restrinja la participación o que se abuse de la posición dominante.

Y resulta a todas luces evidente la estrecha relación que media entre la libre competencia, eficiencia, transparencia y neutralidad, en tanto estos dos últimos principios son esenciales para promover la concurrencia necesaria para propiciar la disputa por la clientela, en condiciones de igualdad y el derecho de los usuarios a elegir libremente al prestador del servicio que ofrece las mejores condiciones económicas.

Sobre la sujeción a los fines esenciales del Estado y particularmente sobre la relación entre los principios de libre competencia, transparencia, neutralidad y de eficiencia en la prestación del servicio, en materia de adquisición de bienes y servicios por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala –se destaca-:

4.5.2.2.1. En un mercado competitivo el precio de los bienes y servicios resulta de la libre competencia entre oferentes, de acuerdo con las condiciones de la demanda. En estas circunstancias, los oferentes buscan conservar e incrementar su participación en el mercado, para lo cual, si tales bienes o servicios son de igual calidad y se ofrecen en condiciones similares, es necesario que tengan precios atractivos en comparación con los de los demás productores pues de lo contrario, sus clientes –actuales y potenciales– prefieren adquirir el bien o servicio al competidor que lo venda en mejores condiciones.

De esta manera, en un mercado competitivo, el sistema de precios incentiva a los productores a alcanzar mayores niveles de eficiencia. Por ello, cuando la norma que se analiza indica que el régimen tarifario de los servicios públicos deberá aproximarse a los precios de un mercado competitivo, **hace referencia a los costos que debería tener la prestación del servicio en caso de que las respectivas empresas estuvieran en un régimen de competencia.**

4.5.2.2.2. En el mismo sentido, la teoría económica de un mercado competitivo prevé que los costos de prestación de los servicios deben tender a experimentar reducciones, pues ello es necesario para que las empresas pueda conservar o aumentar su participación en el mercado. **En efecto, la competencia entre los oferentes en condiciones de eficiencia tiende a generar una presión que conlleva a la disminución de los precios.**

4.5.2.2.3. La razón que lleva a un productor en un mercado competitivo a disminuir sus costos radica en que por esta vía puede acrecentar sus utilidades. No obstante, la teoría observa que, en condiciones de mercado competitivo, todos los productores suelen guiarse por el mismo propósito, es decir, que todos los productores intentarán disminuir sus costos, lo cual permite en el largo plazo que reduzcan sus precios de venta al tiempo que incrementa sus utilidades. **Así pues, en condiciones de competencia, en teoría la mayor eficiencia del productor conlleva a un beneficio tanto para él – pues obtiene mayores utilidades por la reducción de sus costos– como para el comprador o usuario –quien puede adquirir el mismo servicio a menor precio.**

(...)

4.5.2.2.5. **Como ya se indicó, las prácticas restrictivas de la competencia son comportamientos por medio de los cuales, quien las realiza, se vale de las ventajas de las que pueda disponer para afectar las condiciones de equilibrio del mercado, lo cual impide que éste asigne de manera eficiente los bienes y servicios que se producen en una economía.** La prohibición de que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de tales prácticas, busca proteger dichas condiciones para garantizar la eficiencia del mercado en beneficio de los usuarios.

4.5.2.2.6. En conclusión, el numeral 87.1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 contiene algunos de los elementos que, de acuerdo con la teoría económica de un mercado competitivo, caracterizan un mercado eficiente y las implicaciones que de éste se derivan. **En este orden de**

ideas, la Corte encuentra que el criterio de eficiencia descrito en la norma en cuestión, desarrolla la prescripción del artículo 365 Superior, según el cual "es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". Si bien el legislador habría podido definir eficiencia en otros términos, se encuentra dentro de su margen de configuración hacerlo siguiendo teorías económicas sobre la eficiencia en un mercado económico competitivo. La Constitución no impone, como ya se anotó, un modelo económico y por lo tanto permite que el legislador tenga en cuenta diferentes teorías sobre qué es la eficiencia y cómo se logra que la autoridad de regulación propenda por ella, siempre que no adopte decisiones manifiestamente irrazonables o contrarias a mandatos o prohibiciones contenidos en la Carta. En cambio, como ya se anotó, habría violado el principio de reserva de ley en la fijación del régimen de la regulación de los servicios públicos domiciliarios el que el legislador hubiera guardado silencio al respecto, delegando implícita y prácticamente en el órgano regulador la definición de este principio de rango constitucional. Además, la definición legislativa está orientada a evitar distorsiones del mercado que lleven a que la libre competencia deje de ser un derecho en beneficio de todos. Por ello, se declarará su exequibilidad⁴⁵ -se destaca.

Sobre la libre competencia como principio y valor superior, esta decisión:

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado⁴⁶ -se destaca.

Las características, propósitos y elementos que hacen posible la libre competencia, destacados en la jurisprudencia, coinciden plenamente con los principios de libre iniciativa y competencia económica, transparencia, neutralidad y prestación eficiente, a cuya aplicación remite el artículo 30 de la Ley 142 de 1994, como reglas de interpretación de las normas que rigen la contratación de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. La necesidad de aplicar y proteger la eficacia de estos principios es razón suficiente para erigir el derecho privado como su régimen jurídico rector, como lo hace la ley.

Siendo así, la aplicación del derecho privado, dispuesto comúnmente para regular intereses particulares⁴⁷, a las actividades de las empresas de servicios

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁶ Sentencia C-616 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁷ Como lo señala, por ejemplo, el estatuto civil: "[e]l Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles" –art. 1º.

públicos domiciliarios, procede siempre que no se soslaye el estricto cumplimiento de los principios y fines constitucionales.

En síntesis, las normas que rigen la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, atrás señaladas, guardan inescindible relación, de medio a fin, con el régimen de derecho privado al que se encuentran sujetas, en cuanto éste permite realizar los principios de igualdad, neutralidad y libre competencia, asegurando así una prestación que responda a la realización de los fines sociales del Estado.

En armonía con lo expuesto, la adquisición de los bienes y servicios que las prestadoras de servicios públicos domiciliarios distribuyen y de aquellos que señalan las Comisiones de Regulación, deberá rodearse de las mejores condiciones objetivas, para lo cual habrán de utilizar mecanismos o procedimientos que aseguren la concurrencia y escogencia en igualdad de condiciones, como lo señala el artículo 35 de la Ley 142 de 1994. Y cualquiera que sea el acto o contrato en su celebración y ejecución no se podrán otorgar privilegios injustificados, prohibidos por el artículo 34 *Ibídem*.

El cumplimiento de estos mandatos, favorece la reducción de los costos del servicio, permitiendo a los prestadores obtener mayores utilidades y ofrecer menores tarifas, lo cual redundaría en la universalidad, sostenibilidad y continuidad del servicio. Por el contrario, la falta de concurrencia de oferentes y el otorgamiento de privilegios injustificados a los proveedores, además de privar a los usuarios de los beneficios de la competencia, en la medida en que la ley impide trasladar a los consumidores el resultado de gestiones ineficientes, encamina a los prestadores a pérdidas o detrimentos patrimoniales que afectan la sostenibilidad y eficiencia del servicio público, poniendo en peligro, además, cuando se trata de entidades estatales, el patrimonio público.

Sin desconocerse que por esta misma vía contraria a la libre competencia, a la transparencia y a la objetividad, se prohíjan prácticas administrativas corruptas que, además de privilegiar injustificadamente intereses particulares, disfrazan actividades violatorias de la ley penal, contrariando, además de la legalidad, valores superiores a los que debe estar orientada la administración y la ejecución de los recursos públicos.

En este mismo orden de ideas, resulta del caso reiterar la orientación de esta Corporación, en el sentido de que el derecho privado, aplicable a la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios con naturaleza de entidades públicas, también prevé la realización de convocatorias con sujeción a los principios de transparencia, objetividad y eficiencia⁴⁸.

⁴⁸ Así se expuso en concepto rendido con ocasión de las restricciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales) –se destaca–: "*III. La aplicación de ésta prohibición a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter público.// Dada la argumentación presentada en la solicitud de consulta, es posible prever que el intérprete se formule la siguiente pregunta: ¿si a las empresas de servicios públicos domiciliarios por regla general se les aplica en su contratación el derecho privado, cómo hace para aplicar la licitación pública de la ley 80 de 1993 que es derecho público? Para dar respuesta a este interrogante, la Sala recuerda que en derecho privado también existe la institución de la licitación pública, regulada por el artículo 860 del código de comercio, que se encuentra dentro del capítulo dedicado a la oferta*

Ahora bien, la Ley 142 de 1994 autorizó la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de empresas oficiales, mixtas y privadas-constituidas como sociedades por acciones y de entidades descentralizadas de cualquier orden territorial que a la entrada en vigencia de esa ley estuvieran prestándolos, sujetas estas últimas al deber de adoptar la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, dentro de los dos años siguientes, cuando los propietarios *“no deseen que su capital esté representado en acciones”* -arts. 15, 17 y 180-.

Posteriormente, la Ley 286 del 3 de julio de 1996, dispuso que *“[l]as entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente Ley”* -art. 3º-.

Mediante el acuerdo n.º 14 del 26 de diciembre de 1996, el Concejo municipal de Santiago de Cali transformó el Establecimiento Público denominado Empresas Municipales de Cali-EMCALI en Empresa Industrial y Comercial del Estado y la autorizó transitoriamente para continuar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, *“[h]asta tanto se constituyan y empiecen a funcionar las empresas de servicios públicos oficiales, sociedades por acciones, cuya constitución se autoriza en este Acuerdo”* -arts. 4º y 5º-.

Posteriormente, mediante el acuerdo n.º. 034 de 1999, el cabildo dispuso que la entidad seguirá siendo una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, denominada Empresas Municipales de Cali-EMCALI E.I.C.E. E.S.P., dedicada a *“la prestación de servicios públicos domiciliarios contemplados en las Leyes 142 y 143 de 1.994”* -arts. 1º a 4º-.

La Ley 142 de 1994 sujeta a las empresas industriales y comerciales del Estado a todo lo que esa ley dispone para las empresas de servicios públicos en cuanto el régimen allí establecido no sea *“(…) incompatible con la Constitución o la ley”*, tal como se expresa en sus artículos 1º, 3º, 15 y 17.

De donde el régimen jurídico dispuesto por la Ley 142 de 1994 para los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios no excluye la aplicación de los principios constitucionales que rigen la actividad de las entidades públicas, sino que debe acompañarse en todo aquello que no desvirtúe su naturaleza y régimen jurídico.

*o propuesta de contratos, norma que entonces resulta aplicable al presente caso, y que es del siguiente tenor: // Artículo 860. "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. **Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.**"// Entonces, las entidades públicas cuya contratación está sometida al derecho privado, a las que se les ha restringido temporalmente la contratación directa, pueden seguir contratando, pero mediante la licitación pública regulada por el artículo transcrito; unas de dichas entidades son los prestadores públicos de servicios públicos domiciliarios".* Sala de Consulta y Servicio Civil; radicación número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727); 20 de febrero de 2006; Consejero ponente Enrique José Arboleda Perdomo.

En efecto, dada su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado, EMCALI E.I.C.E. E.S.P. pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector descentralizado, tal como está previsto en los artículos 1º y 38 de la Ley 489 de 1998 y, por tanto, en el desarrollo de las actividades comprendidas en su objeto social se sujeta a los principios de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, en cuanto compatibles con su naturaleza y régimen, al tenor de lo dispuesto en los artículos 209 constitucional, 2º, 3º y 39 de la Ley 489 de 1998, si se considera que estos se acompañan con los de libre competencia y eficiencia económica, transparencia y neutralidad a los que la Ley 142 de 1994 sometió el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales, prestadoras de los servicios públicos domiciliarios.

Como manda el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, estos principios deben ser tenidos en cuenta para evaluar el desempeño de la entidad y para juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, con el fin de garantizar que en todo momento prime el interés colectivo sobre el particular.

En tanto las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos están obligadas a adquirir los bienes y servicios que distribuyen, así como aquellos que señalen las Comisiones de Regulación, a través de procedimientos que estimulen la libre concurrencia de oferentes en igualdad de condiciones y evitando privilegios injustificados, esto es con sujeción a los principios de eficiencia, transparencia y neutralidad en cualquier tipo de acto o contrato, se concluye que, excepcionalmente, cuando la ley así lo permite, pueden acudir a mecanismos ajenos a la libre concurrencia de oferentes –v. gr. inexistencia de pluralidad de oferentes, situaciones graves que ameriten medidas urgentes para asegurar la continuidad del servicio, cuantía razonablemente inferior, etcétera-.

En suma, si bien la Ley 142 de 1994 sometió los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de los servicios públicos domiciliarios al régimen de derecho privado, también dispuso que en la aplicación de ese régimen deben sujetarse a los principios constitucionales y fines estatales, incluidos la eficiencia, libre iniciativa y competencia económica, transparencia, neutralidad, regulación y control estatal, entre otros.

5. El estatuto de contratación interno adoptado en EMCALI

El artículo 32 de la Ley 142 de 1994 dispuso que los actos requeridos para la administración de las empresas de servicios públicos en lo no previsto en esa ley se rijan por el derecho privado. Como lo señaló recientemente la Corporación, esa disposición comprende la facultad para que las empresas adopten manuales de contratación sujetos al derecho privado, sin perjuicio de que en tratándose de los que expiden las empresas de servicios públicos oficiales, en cuanto i) provienen de entidades públicas, ii) materialmente contienen decisiones unilaterales, iii) de

alcance general para los administrados, constituyen verdaderos actos administrativos⁴⁹.

Y como ya se expuso, la Ley 142 de 1994 sujetó a los prestadores, incluidas las empresas industriales y comerciales del Estado, “*en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley*”, a todo lo que esa ley dispone para las empresas de servicios públicos.

En ese orden, observa la Sala que la referida facultad de que trata el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 se acompasa con las disposiciones de los artículos 4º y 5º de la Ley 87 de 1983, a cuyo tenor la Empresa Industrial y Comercial del Estado demandada debe implementar la definición de políticas como guías de acción y procedimientos para la ejecución de los procesos y mecanismos que faciliten el control y la vigilancia de la gestión de la entidad, lo cual comprende los procesos de contratación.

De donde viene al caso concluir, conforme con el criterio jurisprudencial con arreglo al cual se entiende que en tanto se trata de manifestaciones de voluntad unilateral de una entidad pública, con efectos generales para los administrados, los manuales internos de contratación adoptados por la demandada constituyen actos administrativos.

Con el marco de referencia establecido por la Ley 142 de 1994 y las disposiciones supletorias de los citados artículos 3º de la Ley 489 de 1998 y 4º y 5º de la Ley 87 de 1983, la Junta Directiva de EMCALI expidió la Resolución número 004 de 1999 que tuvo como objeto adoptar su procedimiento de contratación, para lo cual dispuso la aplicación de los principios que desde la Constitución Política y la Ley 80 de 1993 rigen a las entidades públicas en la materia. Igualmente, dispuso que todo contrato, con cuantía igual o superior a 500 salarios mínimos, debía celebrarse mediante invitación o convocatoria pública y señaló los casos en que procede la contratación directa.

Una vez que el señor Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios removió a la Junta Directiva y al Gerente de EMCALI, designó al Agente Especial, con funciones de representante legal, a quien encomendó la realización de todos los actos requeridos para los fines de la intervención, de acuerdo con el artículo 291 del Estatuto Financiero⁵⁰, aplicable por remisión del artículo 121 de la Ley 142

⁴⁹ Cfr., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2011, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación 25000232600020050028001, referencia 37423: «...el artículo 32 de la mencionada ley establece que, “salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa, los actos de todas las empresas de servicios públicos, **así como los requeridos para la administración** y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. (Negrilla propia)// Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los **actos necesarios para su administración**, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional».

⁵⁰ Decreto 663 de 1993.

de 1994⁵¹.

En ejercicio de sus funciones, el Agente interventor de EMCALI modificó, en varias oportunidades, las normas de contratación contenidas en la resolución número 004 de 1999 que expidió la Junta Directa de la Empresa. Así, mediante la Resolución número 069 del 31 de enero de 2003 señaló como únicos principios rectores de la contratación los de la buena fe contractual y autonomía de la voluntad y agregó la posibilidad de seleccionar directamente al contratista, sin consideración a la cuantía, cuando i) el objeto corresponda a actividades científicas o tecnológicas y ii) las actividades deban ser desarrolladas directamente por contratista y solo puedan encomendarse a determinados científicos o expertos.

Posteriormente, en los términos de la resolución n.º 0186 de 2004, dispuso, como regla general, que los procesos de contratación se adelantarían con sujeción a las normas de la libre competencia, con criterios de eficaz y eficiente administración, orientados por la moralidad, la transparencia, economía, imparcialidad y publicidad y mantuvo dentro las posibilidades de contratación directa lo relacionado con el desarrollo de actividades científicas o técnicas.

Las resoluciones mediante las cuales EMCALI adoptó y modificó sus normas internas de contratación son de obligatorio cumplimiento, en tanto actos administrativos expedidos en el marco de las normas legales que rigen la contratación de las entidades públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Es de recordar que cuando EMCALI inició las gestiones tendientes a renovar su plataforma tecnológica, atravesaba una difícil situación que afectaba su viabilidad empresarial, ponía en peligro los derechos de los acreedores y no garantizaba la prestación eficiente de los servicios a su cargo. Tanto así que fue objeto de medidas especiales de intervención, adoptadas al amparo de la toma de posesión, ordenada por la entidad encargada de su vigilancia y control, orientadas, sin excepción, a su recuperación, incluidas las reformas efectuadas a su estatuto interno de contratación.

Medidas éstas que exigían diligencia y cuidado en el manejo de los escasos recursos e imponían una administración especialmente diligente y prudente, respecto del manejo del patrimonio y la gestión de los proyectos indispensables para la recuperación de los negocios; en orden a la consecución de los fines que dieron lugar a la intervención, para lo cual se requería el estricto cumplimiento de las políticas, principios y reglas preestablecidas.

6. Análisis del caso concreto

⁵¹ Esta norma establece que “[l]os agentes especiales ejercerán funciones públicas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea del caso, de las reglas del derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la toma de posesión”.

6.1 Hechos

De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, se puede tener por ciertos los siguientes hechos, relevantes para la decisión:

6.1.1 La Junta Directiva de Empresas Municipales de Cali-EMCALI, Empresa Industrial y Comercial de Estado, expidió la resolución n.º 004 del 20 de enero de 1999, con el objeto de establecer normas para su contratación, entre éstas, dispuso que todo contrato con cuantía igual o superior a 500 salarios mínimos se celebraría mediante invitación o convocatoria pública e igualmente señaló los casos en los que procedería la contratación directa.

6.1.2 Mediante la resolución n.º 2536 del 3 de abril de 2000, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios ordenó la toma de posesión para administrar los negocios, bienes y haberes de EMCALI, dado el incumplimiento grave del pago de sus obligaciones y su imposibilidad de garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a su cargo. Con el mismo acto el Gerente y la Junta Directiva de la entidad intervenida fueron removidos y se designó un Agente Especial, con funciones de representante legal.

6.1.3 A través de las resoluciones n.º 0141 del 23 de enero y 0562 del 5 de marzo de 2003, la Superintendencia en cita dispuso que la toma de posesión de EMCALI sería con fines de liquidación y facultó y ordenó al Agente Especial adelantar las gestiones tendientes a la recuperación de la viabilidad financiera de la intervenida.

6.1.4 Mediante las resoluciones n.º 069 del 31 de enero de 2003 y 0186 del 1º de marzo de 2004, el Agente Especial designado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios modificó la resolución 004 de 1999, adicionando, entre otros aspectos, la facultad de contratación directa, sin consideración a la cuantía, respecto del desarrollo de actividades científicas o tecnológicas que solo puedan encomendarse a determinados expertos.

6.1.5 En el año 2003, la Gerencia de Tecnología de la Información de EMCALI encontró obsoletos los recursos de infraestructura tecnológica de la empresa, pues los existentes obstaculizaban la gestión, la productividad y el crecimiento de la entidad. Para el efecto diseñó una nueva plataforma integral para los negocios, aplicaciones y demás componentes del sistema de información y de telecomunicaciones y recomendó contratar a un gerente encargado de ejecutar el proyecto de manera integrada.

6.1.6 El 9 de marzo de 2004, EMCALI suscribió con sus acreedores un convenio de ajuste financiero, operativo y laboral, para la reestructuración de su pasivo.

6.1.7 El 6 de octubre de 2004, EMCALI contrató con el consorcio conformado por Araujo Ibarra & Asociados S.A y Felipe Piquero Villegas, la organización y definición, a nivel de proyecto, de los estudios para la ejecución de

la Plataforma Tecnológica Integral, la inscripción en el Banco de Proyectos **y el análisis de la viabilidad jurídica de contratar directamente a la fundación Parque Tecnológico del Software, para que ejecute dicho proyecto**, conforme a la Ley 142 de 1994 y a la resolución n.º 0186 de 2004, expedida por el Agente Especial. Es de anotar que el consorcio recomendó la contratación directa de esta Fundación.

6.1.8 El Proyecto de Plataforma Tecnológica Integral, por valor de \$65.806.758.000.00, fue inscrito en el Banco de Proyectos de EMCALI, el día 26 de noviembre de 2004.

6.1.9 Mediante comunicación n.º 100-GG-1004-04, del 2 de diciembre del mismo año, el Agente Especial de EMCALI le manifestó al presidente de la fundación Parque Tecnológico del Software–PARQUESOFT, su interés en recibir propuesta de un administrador o integrador con el objeto de contratar el diseño y la implantación de su nueva plataforma tecnológica.

6.1.10 Al día siguiente, 3 de diciembre de 2004, la Junta Directiva de la fundación Parque Tecnológico del Software–PARQUESOFT decidió, en reunión extraordinaria, autorizar ilimitadamente al Presidente de dicha fundación para presentar propuesta y para celebrar todos los contratos requeridos para la ejecución de la Plataforma Tecnológica Integrada de EMCALI.

Cabe destacar que antes de que PARQUESOFT recibiera la carta con la que EMCALI la invitó a ofertar, ya tenía conocimiento de que había sido seleccionada para ser la proponente de la ejecución del proyecto, pues cuando recibió la invitación hacía (14) días que su Presidente había convocado a la junta directiva para que decidiera sobre la presentación de la propuesta que les solicitaría EMCALI.

6.1.11 El 15 de diciembre de 2004, la fundación PARQUESOFT presentó propuesta a EMCALI para ejecutar el proyecto de Plataforma Tecnológica integrada, por un valor de \$65.806.758.000.00 discriminado por componentes, en la misma forma como lo tenía presupuestado la contratante. Esta propuesta de PARQUESOFT le fue adjudicada el 14 de febrero 2005, por el Agente Especial de la empresa intervenida.

6.1.12 El mismo día de la adjudicación, la fundación PARQUESOFT celebró setenta (70) contratos de mandato, con igual número de personas naturales y jurídicas, en virtud de los cuales se obligó irrevocablemente a actuar como mandatario, sin representación, ante EMCALI, dentro del contrato n.º 100-GG-PS-0051-2005 que se suscribiría entre la Fundación y esta Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Conforme al mandato, el objeto contratado por PARQUESOFT con EMCALI sería realizado directamente por cada uno de los mandantes, a quienes la Fundación debía transferir “...*todo el beneficio que del negocio jurídico objeto del mandato derive del tercero*”, según se lee en los referidos contratos.

6.1.13 El 21 de febrero de 2005 se suscribió el contrato denominado de “*Diseño y Montaje Plataforma Tecnológica No. 100-GG-PS-0051-2005 entre EMCALI EICE ESP y la Fundación Parque Tecnológico del Software-PARQUESOFT*”.

6.2 Material probatorio

Obra en el expediente las siguientes pruebas, relevantes para la decisión que habrá de adoptarse.

6.2.1 Copia del Acuerdo n.º 34 de 15 de enero de 1999 –fls. 273 y siguientes, cdn. ppal-, por el cual el Concejo Municipal de Santiago de Cali adoptó el estatuto orgánico de EMCALI, Empresa Industrial y Comercial del Orden Municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple.

6.2.2 Copia de la resolución n.º 004 expedida el 20 de enero de 1999 por la Junta Directiva de EMCALI, con el objeto de adoptar normas de contratación para la empresa.

6.2.3 Copia de la resolución n.º 2536 del 3 de abril de 2000, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios con el objeto de ordenar la toma de posesión de EMCALI -anexo caja 1, del expediente-.

6.2.4 Copia de las resoluciones n.º 0141 del 23 de enero y 0562 del 5 de marzo de 2003, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para ordenar la liquidación de EMCALI.

6.2.5 Copia de las resoluciones n.º 069 del 31 de enero de 2003 y 0186 del 1º de marzo de 2004 proferidas por el Agente Especial designado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sobre normas de contratación.

Esta última resolución dispuso sobre los principios que rigen la contratación de la entidad:

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN: Los procedimientos de selección de contratistas se realizarán en un ámbito de libre competencia, con criterios de eficaz y eficiente administración, orientados por los principios de buena fe, moralidad, transparencia, economía, equidad, responsabilidad, imparcialidad, celeridad y publicidad. En la contratación que celebre EMCALI EICE ESP, se tendrán en cuenta los postulados de la buena fe contractual y de la autonomía de la voluntad.

En lo que respecta al deber de selección objetiva, el artículo 12 del mencionado estatuto dispuso:

DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA: La selección del contratista será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable para EMCALI EICE ESP y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y en cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquél que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, y la ponderación precisa detallada y concreta de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El funcionario responsable efectuará las comparaciones del caso, mediante cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado, los estudios y deducciones de la empresa o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

Estas normas de contratación sujetan los contratos cuyo precio supere el equivalente a 2.000 salarios mínimos legales mensuales al procedimiento de licitación pública -art. 21- y los de precio inferior al mecanismo de contratación directa -art. 19-. Sin embargo, el artículo 20 permite aplicar esta última modalidad, con independencia de su cuantía, en los siguientes contratos:

“CONTRATACIÓN DIRECTA CON UNA SOLA OFERTA: El Gerente General o quien haga sus veces podrá contratar directamente, sin importar la cuantía, con la solicitud de una sola oferta en los siguientes casos:

1. Contratos interadministrativos, con excepción de los contratos de seguros. (...)

10. Contratos para el desarrollo directo de actividades científicas, artísticas, o tecnológicas, que solo puedan encomendarse a determinados científicos, artistas o expertos.

11. Cuando se trate de trabajos o servicios que solo determinada persona pueda ejecutar o de la adquisición de bienes, de equipos o de elementos que solo determinado proveedor pueda suministrar (...).

PARÁGRAFO PRIMERO: Los contratos de que tratan los numerales 7, 8, 9, 10 y 18 se podrán celebrar directamente solicitando una oferta siempre que la propuesta cumpla con los requisitos establecidos en la solicitud de cotización. En estos eventos la persona natural o jurídica

escogida debe estar en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y debe demostrar la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, de lo cual deberá dejar constancia escrita de la situación anterior.

La celebración de contratos de servicios de apoyo a la gestión de EMCALI EICE ESP solo se realizará, cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio contratado, bien sea por la cantidad de trabajo del personal de planta o por la especialidad.

PARAGRAFO SEGUNDO: La contratación de que trata este artículo es indelegable.”

6.2.6 Copia del documento “*Formato Banco de Proyectos–Plataforma Tecnológica Integral PTI*” de la Gerencia de Tecnología de la Información de EMCALI y copia del memorando del 3 de mayo de 2004, dirigido por el Gerente de Área de Tecnología de la Información al Gerente General, con la justificación del mencionado proyecto.

Según el primero de estos documentos, la Gerencia de Tecnología de la Información de EMCALI consideró tres alternativas para la ejecución el proyecto - i) contratar a un experto internacional en la solución integrada de este tipo de proyectos; ii) desarrollar internamente, con los recursos humanos de EMCALI, el ajuste y complemento de la plataforma existente y iii) contratar la adquisición de los sistemas con empresas de tecnologías de la información de clase mundial-para, finalmente, establecer que la primera garantizaba en mejor forma la solución integrada del proyecto.

Sobre la selección y alcance de esta primera alternativa, consideró EMCALI⁵² -se destaca-:

*Por ser un proceso de renovación tecnológica basado en las nuevas herramientas de punta y de soporte a la ejecución de los Proyectos de tecnología que deben beneficiar de forma sustancial a EMCALI y a la comunidad que atiende; **se selecciona la alternativa 1** para el Proyecto de SOLUCIÓN TECNOLÓGICA PTI EMCALI, esto es se recomienda la selección de un INTEGRADOR que implemente el PTI con base en su experiencia y conocimiento del negocio de servicios públicos y de la tecnología que el PTI involucra (...).*

Los dos primeros grupos del PTI, Infraestructura y Aplicativos, son componentes técnicos relacionados a través del Modelo OSI reflejado en el Modelo Funcional EMCALI y éste, a su vez se relacionará directamente con el resultado del segundo grupo del PTI, Soluciones Estratégicas (sic) donde se definirán los procedimientos, actividades, tareas y operaciones y adicionalmente se realizará todo el proceso de sociabilización y capacitación a los usuarios de la Plataforma Tecnológica (...).

⁵² Documento denominado Formato Banco de Proyectos–Plataforma Tecnológica Integral PTI, Gerencia Tecnología de la Información – EMCALI, páginas 134 y siguientes. Anexo Caja 1.

El rol del integrador es gestionar y gerenciar esta situación. Para este fin se requiere de organizaciones conocedoras de las Tecnologías de Información tanto en el mercado local e internacional, que tenga una posición política independiente frente a la inversión en tecnología de informática, que sea líder de gran influencia para que adopte las nuevas propuestas sobre la gerencia de los recursos buscando moldear su mejor utilización en la organización, que esté comprometido con el resultado final y que respalde la inversión... (se destaca).

Adicional a lo anterior, es claro que para garantizar una funcionalidad integral en la implantación de las plataformas tecnológicas y optimizar los presupuestos es absolutamente necesario determinar un INTEGRADOR. La ausencia de éste puede ocasionar sobre costos, y desintegración de las soluciones (...).

Todo lo anterior requiere de una planificación estructurada que solo la puede proveer un integrador, y que este integrador asegura la coherencia del PTI, lo mismo que un solo interlocutor que garantice su implantación conforme al modelo.

6.2.7 Copia del “Convenio de ajuste financiero, operativo y laboral para la reestructuración de acreencias de EMCALI”, según el cual esta empresa se comprometió para con sus acreedores, entre otros aspectos, a:

Desarrollar ventajas competitivas a través de mecanismos tales como el establecimiento y consolidación del servicio al cliente como ventaja competitiva, fortaleciendo el servicio como elemento fundamental de diferenciación y logro de posición competitiva, teniendo en cuenta elementos tales como: identificación del cliente y sus necesidades; servicio como elemento de la cultura de EMCALI; portafolio de servicios diversificado; nivel de cumplimiento de las promesas a los clientes; y estrategia corporativa de servicio al cliente -Página 62, del documento contenido en el anexo caja 1-.

6.2.8 Copia del contrato de prestación de servicios n.º 100-GG-PS-041-2004, celebrado entre EMCALI y el consorcio Araujo Ibarra & Asociados S.A. y Felipe Piquero Villegas⁵³. En relación con la justificación del proyecto global de la plataforma, expuso el consorcio, en octubre 1 de 2004:

⁵³ Según la copia que obra a folios 4 a 43 del cuaderno 2. El objeto del contrato de consultoría es el siguiente: “PRIMERA: OBJETO. EL CONSORCIO se compromete a ejecutar para EMCALI las siguientes actividades: 1) Revisar, organizar y definir, a nivel de proyectos, los estudios que tiene EMCALI para la ejecución de la PLATAFORMA TECNOLÓGICA INTEGRAL “PTI: Los proyectos son: a) Cableado Estructurado, b) Networking y Voz Corporativa, c) Infraestructura Computacional, d) EMCALI NET, e) Sistemas Administrativos y Financieros y f) Sistemas Comerciales y Operativos. 2) Presentar y obtener la inscripción de esos seis proyectos en el Banco de Proyectos, debiendo realizar las modificaciones a que haya lugar para obtener esa inscripción, las que deberán ser aprobadas por el Supervisor del Contrato. 3) Analizar, con base en las normas de contratación que rigen para EMCALI según la Ley 142 de 1994 y el estatuto de contratación de la entidad (Resolución 000186 de 1º de marzo de 2004 expedida por el Agente Especial ante EMCALI) si procede o no la contratación directa de la FUNDACIÓN PARQUE TECNOLÓGICO DEL SOFTWARE para realizar la ejecución coordinada de esa solución, quien en ese carácter realizaría todas las actividades requeridas para entregar a EMCALI debidamente instalada, probada y en funcionamiento la PLATAFORMA TECNOLÓGICA INTEGRAL “PTI”. 4) Si resulta viable la contratación directa del coordinador de la solución a que se hace referencia en el numeral anterior redactar la minuta del contrato a través de la cual se obtenga la ejecución total de los seis proyectos constitutivos de la PLATAFORMA TECNOLÓGICA INTEGRAL “PTI”, por parte de ese Coordinador quien entregará a EMCALI dicha plataforma en funcionamiento. PARÁGRAFO: EMCALI entregará al CONSORCIO toda la documentación que tiene sobre los seis (6) proyectos mencionados”.

De acuerdo con el formato ID-06 se han analizado tres (3) alternativas como son:

- **Contratar el desarrollo del proyecto con un proveedor colombiano que integre soluciones locales.**
- **Realizar desarrollos internos para ajustar y complementar los desarrollos actuales de EMCALI.**
- **Contratar la adquisición de los sistemas con empresas de clase mundial.**

Sin embargo de la lectura que se puede dar a este capítulo con el capítulo 7 **no quedan suficientemente claras las razones por las cuales se decide escoger la primera y desechar las otras dos.** Para estos efectos consideramos importante que se resalten las ventajas y desventajas de cada una de las alternativas, mediante una justificación técnica, jurídica y financiera.

Lo anterior con el objeto de justificar la necesidad de escoger un proveedor colombiano que integre soluciones locales desde los tres aspectos relacionados anteriormente como son el funcional, el técnico y financiero; lo cual pretende complementar la descripción establecida en el capítulo 7 y que será integrante de la justificación que nosotros consideramos fundamental en el mencionado proyecto –fl. 25, cdn. 2-.

Posteriormente, en octubre 28 de 2004, sobre el mismo aspecto el consorcio señaló:

*La selección de la alternativa de implantación no aparece suficientemente sustentada (formatos ID 06 y 07 y PE 07). **Las otras dos alternativas simplemente se descartan de antemano, sin mayor explicación.***

*Sería **muy conveniente determinar con mayor precisión las ventajas y desventajas de las otras alternativas consideradas (desarrollo interno y adquisición por separado de componentes independientes), en términos funcionales, técnicos y financieros, en particular en punto de las precarias garantías que una y otra darían a EMCALI.***

En últimas, se trata de la condición básica para la adecuada justificación del desarrollo del proyecto como una unidad –fl. 28, cdn. 2- (se destaca).

Nuevamente, en el Anexo 1, sobre “comentarios particulares respecto de los formatos” señaló el consorcio, sobre estos mismos aspectos –se destaca-:

Se cree que para efectos de análisis de la alternativa 2 de que los módulos relacionados con desarrollos de software se hagan “in house” con recursos propios no solo se debe considerar a partir de los aplicativos actuales y utilizando las mismas herramientas de desarrollo, sino que también debe considerar y evaluar hacerlo con recursos propios, pero partiendo de cero y utilizando las últimas herramientas y técnicas de ingeniería de software.

Como se dijo anteriormente estamos de acuerdo con que la evaluación y la escogencia de la mejor alternativa esté exclusivamente orientada a la forma como se acometería e implementaría el proyecto y no respecto a la mayor o menor cantidad de componentes o a la mayor o menor alcance de cada uno de ellos. Lo que sí sugerimos es redefinir las tres alternativas para tener una mejor claridad –fls. 31 y 32, del mismo cuaderno-.

En cuanto a las razones para que un único sujeto fuera el contratista, el consorcio consideró:

“Adicionalmente, a las razones que ha tenido EMCALI para no considerar viable el fraccionamiento del proyecto en función de sus distintos componentes y para ver como indispensable la participación de un administrador o integrador, apuntan a la necesidad de generar un marco conceptual único y comprensivo para todo el proyecto PTI”.

Respecto de la evaluación económica o financiera, señaló el Consorcio:

*“Gran parte de los beneficios económicos están sustentados en aumento de la productividad, según unos estimativos y supuestos hechos directamente por EMCALI, los cuales perfectamente se pueden quedar cortos o ser excesivos. **Se sugiere que para tener mayor certeza y mejor sustentación sobre los aumentos en productividad se debe recurrir a benchmarking hechos por firmas especializadas**”* -se destaca-.

En el informe definitivo, del 5 de noviembre de 2004, se recomendó:

Si nos detenemos un poco en la citada norma del estatuto de contratación, encontramos que se trata de un texto tomado del ordinal d) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el cual trae tres supuestos particulares en los cuales es viable la contratación directa:

- i) la prestación de servicios profesionales;*
- ii) la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas; y*
- iii) el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.*

Como se desprende claramente del tenor literal de la disposición citada, y lo ha reiterado en Consejo de Estado (sic), la calificación de “que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas” se refiere, exclusivamente, al caso indicado en el aparte ii) anterior. (Cita concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 28 de abril de 1994).

*No obstante lo anterior, en el citado numeral 10 del artículo 20 del estatuto de contratación se refundieron los casos indicados en los apartes ii) y iii) anteriores, incluyendo la calificación ya mencionada, de manera que, a lo menos en el ámbito de EMCALI, **para que sea viable la contratación directa no basta que se trate del “desarrollo directo de actividades científicas, artísticas o tecnológicas”, sino que se requiere, además, que se trate de actividades que sólo puedan***

encomendarse a determinados científicos, artistas o expertos –fl.
26, cdn. 2-.

Y en las conclusiones y recomendaciones sobre la evaluación financiera del proyecto, el consorcio señaló:

El costo de capital utilizado por la Empresa, del 14.69% real anual (21% nominal anual) luce aceptable si se compara con los costos de capital estimados por empresas de servicios públicos establecidas en el país y que perciben buena parte de sus ingresos de tarifas reguladas por las Comisiones de Regulación y enmarcadas dentro de la Ley 142 de 1994 (Ley de Servicios Públicos).

Sin embargo para el caso particular de Emcali, que tiene suscrito un acuerdo de acreedores a veinte años se debería hacer un análisis diferente. Este acuerdo de acreedores limita la discrecionalidad de la empresa para utilizar sus excedentes de caja, de tal forma que lo que no se haya comprometido, y aceptado por los acreedores en el presupuesto de inversión y gastos, tiene que ser destinado a acelerar el pago de la deuda. Así las cosas, en nuestra opinión el costo de oportunidad del capital de Emcali es realmente el costo de la deuda y debería ser elemento fundamental para evaluar la rentabilidad mínima de un proyecto. A manera de información, el costo promedio de la deuda de Emcali, para los próximos diez años es de IPC + 4.5. Para 2004, este costo sería cercano al 11% nominal, muy diferente al 21% nominal que se ha usado para estas evaluaciones.

Respecto al incremento del 10% real anual en los ingresos (ahorros en costos), no podemos más que asumir que es fruto de estudios internos pues no disponemos de suficiente información para hacer un análisis serio. Sin embargo en nuestra opinión se trata de una tasa de ahorro sostenida muy alta, alcanzable sólo con los beneficios extraordinarios en productividad que podrían derivarse de un proyecto como el PTI bien ejecutado.

La metodología utilizada por Emcali para valorar este proyecto de Plataforma Tecnológica Integral, es apropiada para evaluar proyectos que deban ser inscritos con la metodología del Banco de Proyectos. Sin embargo queremos llamar la atención sobre lo difícil de cuantificar los dineros generados por conceptos de ahorros, lo que es lo mismo costos evitados (sic) que se convierten en ingresos dentro de la evaluación realizada. Nos parece que los fundamentos para determinar estos ahorros son bastante subjetivos y podrían prestarse para elaborar proyecciones en ciertas ocasiones optimistas o pesimistas, sin un soporte sólido (...).

Los resultados demuestran que el PTI arroja una TIR⁵⁴ muy superior al 21% nominal puesta como mínimo por la Empresa. Los gastos lucen razonables para el tipo de proyecto y sólo podrían ser un tanto optimistas los ahorros administrativos (ingresos del proyecto), pero la TIR obtenida dista tanto de la mínima solicitada por la empresa que aún una sobreestimación de este ingreso no haría inviable el proyecto. Por ello concluimos que se trata de un proyecto que financieramente luce

⁵⁴ Tasa Interna de Retorno.

muy atractivo para la empresa y debe ser acometido a la mayor brevedad –fls. 42 y 43, del mismo cuaderno-.

6.2.9 Copia de la “Ficha EBIE”, de registro del proyecto Plataforma Tecnológica Integral de EMCALI – fl. 249, anexo caja 1-.

6.2.10 Copia de la comunicación n.º 100-GG-1004-04 dirigida por el Agente Especial de EMCALI al presidente de la fundación Parque Tecnológico del Software–PARQUESOFT, para manifestar su interés en recibir oferta para contratar el diseño e implementación de la Plataforma Tecnológica Integral. Con esta comunicación EMCALI remitió a PARQUESOFT el documento que contiene el diseño de la Plataforma Tecnológica Integral y le informó:

“4. Presupuesto oficial estimado

Es hasta la suma de \$65.806.758.000 incluido el IVA, distribuido por cada componente así:

Componentes	PRECIO PESOS (MILES)
Componente 1: Cableado Estructurado	\$982.717
Componente 2: Red Corporativa	\$6.101.873
Componente 3: Computadores Centrales	\$7.236.148
Componente 4: Base Computacional	\$6.290.579
Componente 5: Sistema Comercial y Operativo – NSCO	\$19.962.598
Componente 6: Solución de Energía	\$571.715
Componente 7: Software de Base	\$2.226.263
Componente 8: Portal Corporativo	\$2.363.264
Componente 9: Sistema Financiero y Administrativo (incluye consultoría de procesos SIFA)	\$3.728.003
Componente 10: Desarrollos Complementarios	\$1.454.316
Componente 11: Sensibilización, Sociabilización y Migración	\$1.093.372
Componente 12: Consultoría Procesos Comerciales y Operativos	\$4.719.116
Subtotal	\$56.729.964
IVA	\$9.076.794
Gran Total	\$65.806.758

En esta misma comunicación EMCALI señaló a PARQUESOFT que la supervisión del proyecto estaría a cargo de su Gerente de Tecnología de Información.

6.2.11 Copia del Acta n.º 2004-12-03 que da cuenta de la reunión

extraordinaria de la Junta Directiva de la Fundación Parque Tecnológico del Software–PARQUESOFT, adelantada el 3 de diciembre de 2004, en la que se autorizó ilimitadamente a su Presidente para presentar la oferta solicitada por EMCALI y para celebrar todos los contratos necesarios para la ejecución del proyecto –Anexo caja 6-.

Según consta en dicha acta, la reunión convocada para otorgar la mentada autorización había sido fijada con quince días (15) días hábiles de antelación y catorce (14) días hábiles antes de la comunicación con la cual EMCALI invitó a PARQUESOFT a presentar la oferta -se destaca-:

*Acta No- 2004-12-03
Fundación Parque Tecnológico del Software
Reunión Extraordinaria de Junta Directiva*

Cali, Diciembre 3 de 2004

En la ciudad de Santiago de Cali, el día tres (3) de diciembre de dos mil cuatro (2.004) en las instalaciones de la Fundación Parque Tecnológico del Software, siendo las 9 a.m., se reunieron la miembros (sic) de la junta abajo citados, por convocatoria del señor Presidente Orlando Rincón Bonilla, hecha con antelación de quince días hábiles y dirigida a la dirección de correo electrónico registrada por cada uno de ellos para tales efectos, para llevar a cabo Reunión Extraordinaria de la Junta Directiva.

El siguiente orden del día fue enviado en la comunicación escrita a los miembros de la Junta, y con base en ello la Junta Directiva deliberó y tomó las decisiones de que da cuenta esta acta:

ORDEN DEL DÍA

- 1. Verificación del Quórum*
- 2. Elección del Presidente y Secretario de la reunión*
- 3. Único tema a tratar: Autorización ilimitada para presentar una propuesta para el diseño e implementación de la nueva PLATAFORMA TECNOLÓGICA INTEGRAL-PTI, de las Empresas Municipales de Cali-EMCALI y firma de todos los compromisos contractuales y legales que este proceso requiera (...)*

- 1. Verificación del Quórum*

Se verificó la asistencia del 73% de los miembros de la Junta con voz y voto, lo cual es quórum deliberatorio y decisorio de acuerdo a los Estatutos de la Fundación (...)

- 3. Autorización ilimitada para presentar una propuesta para el diseño e implementación de la nueva PLATAFORMA TECNOLÓGICA INTEGRAL-PTI, de las Empresas Municipales de Cali-EMCALI y firma de todos los compromisos contractuales y legales que este proceso requiera.*

El señor Orlando Rincón en su calidad de Presidente, solicitó a los

miembros de la Junta Directiva de la Fundación que lo autorizaran ilimitadamente para presentar una propuesta para el diseño e implantación de la nueva PLATAFORMA TECNOLÓGICA INTEGRAL-PTI, de las Empresas Municipales de Cali-EMCALI.

Esta solicitud fue aprobada por unanimidad.

También el señor Orlando Rincón en su calidad de Presidente, solicitó a los miembros de la Junta Directiva de la Fundación que lo autorizaran ilimitadamente para firmar todos los compromisos contractuales y legales que se requieran para la ejecución del diseño e implantación de la nueva PLATAFORMA TECNOLÓGICA INTEGRAL-PTI, de las Empresas Municipales de Cali-EMCALI.

Esta solicitud fue aprobada por unanimidad.

4. Lectura y aprobación del Acta

Leída en su integridad la presente Acta ante los miembros integrantes de la Junta Directiva y deliberado lo que se considera la misma en el único punto tratado, la Junta Directiva resolvió aprobarla y reconocerla como instrumento de fe ante propios y terceros (...) –fls. 3126 a 3129, Caja 6-.

6.2.12 Acta de adjudicación de la oferta presentada por PARQUESOFT, suscrita por el Representante Legal de EMCALI, con fecha 14 de febrero de 2005.

6.2.13 Copia de setenta (70) contratos de mandato, celebrados entre la Fundación PARQUESOFT e igual número de personas, por cuya virtud la Fundación se encargó de contratar con EMCALI la ejecución del proyecto de Plataforma Tecnológica Integral, sin representación y los mandantes a ejecutar las distintas actividades comprendidas en el proyecto –Anexo Folder A-Z, sin foliatura-

6.2.14 Copia del contrato n.º 100-GG-PS-0051-2005 celebrado entre EMCALI y PARQUESOFT, del cual se destaca:

CLÁUSULA PRIMERA: El contratista se obliga a diseñar e implementar una PLATAFORMA TECNOLÓGICA INTEGRAL-PTI para interrelacionar una serie de componentes que en su conjunto concrete para EMCALI EICE ESP una solución tecnológica con el fin de apoyar, optimizar, dinamizar y lograr una eficiente capacidad de respuesta y procesos eficientes, sean estos operativos, administrativos, comerciales y financieros de la empresa, que conduzcan en un todo a la buena prestación de los servicios públicos domiciliarios a la comunidad del Municipio de Santiago de Cali y para los municipios de su área de influencia. LA PLATAFORMA TECNOLÓGICA INTEGRAL-PTI, la conforman doce (12) componentes, con las características, forma y plazos que se precisan en este contrato, en su Anexo Técnico y en el cronograma del proyecto. Para tal efecto el contratista debe: 1) Asegurar la plena compatibilidad tecnológica y, por ende, funcional, de toda la plataforma tecnológica; 2) Adelantar en forma eficiente todos los procesos para la implementación, incluyendo la prueba y puesta en

funcionamiento de cada uno de los sistemas de la plataforma; 3) Garantizar que el traslado de la operación de los sistemas actuales a los nuevos se produzca de forma ágil y segura y, en especial, sin efectos negativos en la prestación de los servicios; y 4) Capacitar a los funcionarios de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. de tal forma que queden suficientemente instruidos para operar adecuadamente los nuevos sistemas. **PARÁGRAFO PRIMERO: Para la ejecución del proyecto objeto de este documento, la entidad sin ánimo de lucro FUNDACIÓN PARQUE TECNOLÓGICO DEL SOFTWARE PARQUESOFT desarrollará las actividades acordadas de manera autónoma, sin subordinación laboral alguna, utilizando su personal asociado sin que genere vínculo alguno entre estos y EMCALI EICE-ESP.** **PARÁGRAFO SEGUNDO:** La entidad sin ánimo de lucro FUNDACIÓN PARQUE TECNOLÓGICO DEL SOFTWARE, PARQUESOFT, tiene el carácter de contratista independiente y es de su exclusiva responsabilidad los salarios, prestaciones e indemnizaciones, retención en la fuente, aportes parafiscales o cualquier otro pago similar que se cauce o deba hacerse a las personas que emplee para el cumplimiento de sus obligaciones” –fls. 56 a 69, cdn. 2-.

En la cláusula segunda se estipuló que el contrato tendría un plazo de dos (2) años, contados a partir del acta de iniciación del contrato y en la cláusula tercera se señaló un valor total de \$65.806.758.000.

En relación con cada uno de los 12 componentes que conforman la plataforma tecnológica integral, especialmente en lo que se refiere a sus especificaciones técnicas, la cláusula quinta se remite al “anexo técnico” del contrato –fls. 128 a 495, cdn. 2- del que se destaca:

“**COMPONENTE No. 1: CABLEADO ESTRUCTURADO**”. Está concebido en síntesis en estos términos: “El proyecto de cableado estructurado para datos y voz sobre IP, corresponde a la instalación de 1.752 puntos o salidas dobles de cableado categoría 6, con una variación por encima del 5 %, ubicados de acuerdo con la información contenida en los planos pertenecientes a este proyecto”.

“**COMPONENTE No. 2: RED CORPORATIVA.**” está concebido en síntesis así: “El proyecto de la nueva red corporativa de datos de EMCALI comprende la renovación tecnológica de los equipos activos de redes LAN y WAN que operan en los edificios de su propiedad en la ciudad de Cali, de los cuales los equipos LAN tienen más de 12 años de servicio y usan técnicas de acceso compartido al medio físico (concentradores) y los equipos WAN tiene (sic) entre 10 y 4 años de servicio con características insuficientes para los nuevos requerimientos del modelo funcional de EMCALI”.

“**COMPONENTE No. 3: COMPUTADORES CENTRALES**”: en este componente se hace referencia al “suministro” de equipos de cómputo, entre los que se incluyó servidores de producción y de contingencia, rack para servidores, sistema de almacenamiento masivo y soluciones de *back up* e impresoras de alto volumen, con sus respectivas licencias de uso, medios magnéticos, manuales de usuario, de implantación, de administración y de referencia. Igualmente

comprende el desmonte del centro de cómputo existente y el diseño, ejecución de las obras civiles y equipamiento de uno nuevo.

“*COMPONENTE No. 4: BASE COMPUTACIONAL:*” en este componente se hizo referencia a suministro de equipos, con su software básico aplicable. Entre otros incluye 760 microcomputadores con sistema operacional; 40 portátiles; 60 impresoras; 10 equipos de *video beam*; 20 *scanners*; 15 servidores con sistema operativo por especificar; 13 servidores de red tipo *rack*, también con sistema operativo por especificar. Para todos estos elementos se estipuló una configuración mínima⁵⁵.

“*COMPONENTE No. 5: NUEVO SISTEMA COMERCIAL Y OPERATIVO:*” este componente hace referencia a la implementación de sistemas de información que permitan mejorar los procedimientos comerciales para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía, acueducto y telecomunicaciones, que incluye módulos de venta de servicios y atención al cliente, quejas del servicio, administración de clientes, reclamos de facturación, carga de registros liquidados a terceros, toma de lectura de servicios medidos, carga y liquidación de registros de consumos de grandes clientes de energía, facturación, recaudos, financiaciones, corte y reconexión, gestión de cobro, administración de cartera, órdenes de trabajo, medidores, apoyo al control de pérdida de agua y energía, inventarios de elementos de red, de aprovisionamiento para servicios de telefonía y transmisión de dato y de información geográfica, los cuales existían en la empresa y se requería su modernización.

“*COMPONENTE No. 6: SOLUCIÓN TÉCNICA PARA ENERGÍA:*” este componente se refiere a la adquisición del software ENERGIS y sus respectivas licencias con la finalidad de mejorar la operación y gestión del sistema eléctrico.

“*COMPONENTE No. 7: SOFTWARE DE BASE:*” comprende la adquisición de aproximadamente 1700 unidades del siguiente software: MICROSOFT Office, Windows, Visio y Project; SYMANTEC Norton Antivirus Consola, Norton Antivirus y Update Norton Antivirus; Autocad; Adobe Acrobat Writer; ORACLE Enterprise Edition y One Edition.

“*COMPONENTE No. 8: PORTAL CORPORATIVO:*” consiste en la creación de un portal en Internet, que mejore y amplíe los servicios e información publicada por la empresa en sus páginas en la WEB. Debía incluir el Portal Corporativo, herramientas de *e-learning*, reportes geográficos, gobierno y subasta en línea, indicadores de gestión y de activo digital.

“*COMPONENTE No. 9: SISTEMA FINANCIERO Y ADMINISTRATIVO:*” se concibe como un sistema para el manejo de la información relativa a la contabilidad, presupuesto, cuentas por pagar, recaudos, análisis financiero y otros aspectos relacionados con el área financiera estructurado sobre la base de datos

⁵⁵ Los componentes 3 y 4 incluyen las respectivas licencias de uso, medios magnéticos y manuales de usuario, implementación, administración y referencia.

ORACLE. También aquí se pretendía mejorar en eficiencia y velocidad.

“COMPONENTE No. 10: DESARROLLOS ESPECÍFICOS:” consiste en la adquisición de un software adicional relacionado con manejo y almacenamiento de datos, capa de Internet para sistemas comerciales (plataformas B2B y B2C) y con la continuación del proyecto SIPRODI (Sistema de producción y distribución de agua potable).

“COMPONENTE No. 11: SERVICIOS DE MIGRACIÓN DE PLATAFORMA, CAPACITACIÓN, SOPORTE, Y SENSIBILIZACIÓN:” comprende los cambios de sistema operativo, introducción de LINUX y las consecuentes capacitación y sensibilización de los usuarios y técnicos.

“COMPONENTE No. 12: CONSULTORIA ESTRATÉGICA EN LOS PROCESOS DEL NEGOCIO: ADMINISTRATIVOS, FINANCIEROS, COMERCIALES Y OPERATIVOS:” comprende la consultoría para el redireccionamiento de procesos de distinta naturaleza, a partir de la integración de los sistemas que conforman la nueva plataforma.

6.3 Violación de la moralidad administrativa y de la defensa del patrimonio público

El material probatorio que obra en el expediente ofrece plena certeza de que EMCALI i) acometió el diseño de una Plataforma Tecnológica, integrada por redes, hardware y software **disponibles abiertamente en el mercado**, que le permitiría implementar un sistema de información para administrar y gestionar **las actividades comerciales del objeto social**; ii) optó por contratar a un gerente encargado de integrar los distintos componentes del proyecto y iii), sin realizar estudios sobre la existencia de proponentes que le ofrecieran las mejores condiciones económicas y de servicios, centró sus análisis previos a la contratación en la selección directa de PARQUESOFT para la ejecución del proyecto, al punto que aceptó, sin hesitación, que esta última se limitara a ofertar el valor que ella misma estimara como costo del proyecto.

Revelan los elementos de convicción allegados al proceso i) que mediante la comunicación n.º 100-GG-1004-04, del 2 de diciembre de 2004, el Agente Especial de EMCALI se dirigió al presidente de la fundación Parque Tecnológico del Software–PARQUESOFT, para solicitarle enviar propuesta para contratar el diseño y la implantación de su nueva plataforma tecnológica, ii) que al día siguiente el oferente recibió autorización de su Junta Directiva para el efecto, según convocatoria realizada quince días antes, con el mismo propósito y iii) que el 15 de diciembre de 2004 EMCALI conoció la propuesta para ejecutar el proyecto, por valor de \$65.806.758.000,00, adjudicada el 14 de febrero de 2005.

Se encuentra demostrado, además, que la Fundación PARQUESOFT celebró

setenta contratos de mandato con quienes por realizar el objeto contratado accederían igualmente a sus beneficios.

Se conoce, también, que la Junta Directiva de PARQUESOFT, el 11 de noviembre de 2004, es decir catorce días antes de la fecha en que recibió oficialmente la solicitud de oferta de EMCALI, conocía que debía reunirse para el efecto.

Según la misma evidencia probatoria, se trató de un proyecto de gran envergadura del cual dependía la mejora de la gestión de EMCALI, el aumento de su productividad, su crecimiento empresarial y, en fin, la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios en el ámbito territorial, al igual que el cumplimiento de los compromisos adquiridos con sus acreedores.

Los principios que informan la actividad administrativa, particularmente la moralidad y la defensa del patrimonio público, le exigían al Agente Especial de EMCALI, en la contratación del diseño y ejecución de la Plataforma Tecnológica Integral, la sujeción estricta a las normas de la Ley 142 de 1994 y a la resolución n.º 0186 de 2004, con miras a propender porque la libre competencia al proceso garantizara la imparcialidad y la transparencia en la selección de los proponentes, dentro del marco de condiciones objetivas con miras a la prestación eficiente del servicio y sin otorgar privilegios injustificados.

Siendo así, está claro que el contrato debió responder en todo a los principios de libre competencia, transparencia e imparcialidad que demandaba la ejecución de los recursos públicos, en orden a garantizar su permanencia y viabilidad. Pues no se compadece con una situación grave de insolvencia que una empresa, con poder de dirección y control sujeto, además, a la especial vigilancia del Estado, sin emplear la máxima diligencia para observar los principios constitucionales y legales, en procura del cumplimiento de los fines superiores, malgaste la oportunidad de obtener ventajas de todo orden, en la contratación de su plataforma tecnológica.

Pero ello no fue así; el abundante material probatorio allegado al expediente permite concluir, sin hesitación, que la entidad estatal demandada incumplió las normas en materia de contratación, incurriendo en irregularidades constitutivas de graves faltas contra la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, como pasa a explicarse.

6.3.1 EMCALI desconoció las normas que rigen sus procesos de selección y los principios de libre competencia, objetividad, transparencia y neutralidad

La invitación a contratar que hiciera EMCALI para el diseño e implementación de su plataforma tecnológica, en cuanto dirigida a una sola entidad la que, además, inexplicablemente, conocía que sería llamada a contratar, adoleció del desconocimiento de los principios y valores constitucionales y las normas que

rigen los procesos de selección, pues nada hizo para garantizar la libre concurrencia, la objetividad y la transparencia.

El documento que contiene el diseño de la Plataforma Tecnológica Integral y los contratos, tanto el celebrado entre la demandada y el Consorcio Araujo Ibarra & Asociados S.A. y Felipe Villegas Piquero, como aquel sobre el que versa esta acción popular, demuestran, de manera inequívoca, que la labor del contratista PARQUESOFT **consistió en gerenciar la integración de redes, hardware y software, con el fin de soportar un sistema de información netamente comercial** para administrar y gestionar las actividades que desarrolla la empresa, elementos todos de fácil adquisición. EMCALI no buscaba ni requería un sistema de información de condiciones científicas o técnicas que no ofreciera el mercado.

La Sala no duda sobre que para la ejecución del objeto convenido con PARQUESOFT, el contratista debía tener conocimientos en materia de tecnología, pero ello no implica el desarrollo directo de actividades científicas. Tampoco comprendió el otorgamiento de patentes ni la transferencia de tecnología o de *Know-how*, proveídos exclusivamente por el contratista, elementos que caracterizan a contratos que por su especificidad y exclusividad tecnológica se pueden contratar directamente.

No menos elocuente es el material probatorio allegado al proceso, para desvirtuar que las actividades contratadas solo podían ser encomendadas a PARQUESOFT, ya que i) según los últimos tres documentos citados, provenientes de EMCALI, la razón que llevó a la empresa a elegir a la Fundación como ejecutor de la Plataforma Tecnológica, sin adelantar estudios de mercado ni permitir la posibilidad de concurrencia de otros oferentes, fue su propia decisión de contar con un integrador de los distintos componentes del proyecto. Sin que ello comporte la exclusión de otros oferentes en capacidad de ejecutar lo requerido, en un ambiente de libre competencia, disputando la adjudicación del contrato a partir de las mejores condiciones económicas y de servicios y ii) el contrato de diseño e implementación de la plataforma fue utilizado para que terceros realizaran efectivamente la labor contratada, es decir, PARQUESOFT ofertó a nombre propio, pero por cuenta de terceros, quienes ejecutaron por ella.

Por otro lado, en respuesta al requerimiento efectuado por la Sala a EMCALI⁵⁶ sobre los estudios o análisis adelantados para verificar la existencia de potenciales proveedores, la demandada respondió, a través de su apoderado judicial, que “(...) hizo estudio solo con PARQUESOFT a través del contrato del consorcio Araujo & Ibarra, atendiendo a la autorización otorgada por la Ley a las empresas de servicios públicos de contratar bajo el amparo del derecho privado, y atendiendo igualmente al Estatuto Contractual de EMCALI de aquella época, el cual permite la contratación directa de este tipo contratos de tecnología” –fl. 396, cdn. ppal-.

Lo que refuerza la conclusión de que EMCALI, sin razón que lo justifique e incumpliendo la normatividad que le era aplicable, celebró directamente un

⁵⁶ Mediante auto del 24 de enero de 2007, citado.

contrato sin que la modalidad estuviera permitida, dado que el Proyecto de Plataforma Tecnológica Integral no reúne las características previstas en el artículo 20 de la resolución 0186 de 2004.

La Sala concluye, entonces, que el procedimiento previo y posterior, es decir, la invitación directa de EMCALI a PARQUESOFT, como único proponente y la celebración del contrato, contrariaron abiertamente los principios de selección objetiva, concurrencia en condiciones de libre competencia, eficiencia, eficacia, moralidad, transparencia, imparcialidad y publicidad, que según los artículos 2º, numerales 2.5 y 2.6; 3º, numeral 3.9; 30 y 34 de la Ley 142 de 1994, 3º de la Ley 489 de 1998 y 2º, 13, 20, 21 y 23 de la citada Resolución, debían regir el proceso de contratación.

6.3.2 La asesoría jurídica recibida al respecto no justifica el procedimiento de contratación directa

El material probatorio da cuenta de que EMCALI diseñó el proyecto de Plataforma Tecnológica de manera tal que no quedaba sino asignarlo a PARQUESOFT como único proponente, al tiempo que contrató con el Consorcio Araujo Ibarra & Asociados S.A. y Felipe Villegas Piquero una asesoría que avaló el procedimiento.

En su defensa EMCALI y PARQUESOFT sostuvieron, a lo largo de este proceso, que el consorcio recomendó la contratación directa. Y al respecto no cabe duda, pues, desconociendo abiertamente el ordenamiento, la firma asesora formuló la recomendación esperada; aunque, el material probatorio allegado al expediente permita concluir que el Proyecto de Plataforma Tecnológica y el servicio contratado para el efecto no reúnen las condiciones exigidas por el artículo 20 de la resolución 0186 de 2004. Esto es, al margen del aval del asesor, lo cierto es que EMCALI no podía seleccionar directamente al contratista, con una sola oferta.

No obstante, aunque la Sala se aparta de la asesoría prestada por el consorcio, advierte que esta decisión no alcanza a sus integrantes no vinculados a este proceso.

6.3.3 EMCALI subordinó valores superiores a los intereses particulares del contratista

Para la Sala es claro que EMCALI, sin perjuicio de su deber legal de no otorgar privilegios injustificados en todos sus actos y contratos, conforme a los artículos 3º, 34 de la Ley 142 de 1994, subordinó la defensa del patrimonio público y la eficiencia en la prestación del servicio a intereses ajenos a lo público y colectivo comprometidos, particularmente al del contratista y de quienes a la postre, mediante la firma de sendos contratos de mandato, accedieron al beneficio.

Así lo demuestra el hecho de que, sin mediar razón alguna, le otorgó a PARQUESOFT la prerrogativa de único proveedor con acceso a la información sobre la contratación del proyecto, aún antes de invitarlo a ofertar, como da cuenta el Acta de autorización de la Junta Directiva de PARQUESOFT, convocada para sesionar con catorce días hábiles de antelación a la fecha de invitación por parte de EMCALI. Aunado a que le confirió el privilegio de ser el único proveedor oferente.

Aspectos estos que demuestran claramente la vulneración de la moralidad administrativa.

6.3.4 EMCALI incumplió el deber superior de defender el patrimonio público

Teniendo EMCALI el deber de defender el patrimonio público, en el ámbito de la contratación de su plataforma tecnológica, no estableció el precio del contrato, a partir de instrumentos idóneos de determinación de costos eficientes y tampoco hizo uso de mecanismos apropiados de formación de precios, resultantes de la libre interacción de la oferta y la demanda, en condiciones de competencia, como lo exigen los artículos 209, 334 y 365 de la Constitución Política y las Leyes 142 de 1994 y 489 de 1998.

Esto es así, porque, en respuesta al requerimiento de esta Sección, sobre los estudios o análisis de orden financiero, económico y de mercado, previos a la celebración del contrato con PARQUESOFT, EMCALI, a través de su apoderado, respondió que “[s]e encuentra sustentado en el Formato Banco de Proyectos y en la Ficha EBIE por acueducto No. 141708, energía No. 161912, telecomunicaciones No. 181965, donde se determina y justifica la necesidad de la empresa en relación con el proyecto, los diseños y estudios financieros”.

Pues bien; en el citado documento “Formato Banco de Proyectos–Plataforma Tecnológica Integral PTI, Gerencia Tecnología de la Información–EMCALI” figura que el precio del contrato, esto es la suma \$65.806.758.000 se determinó a partir de costos promedios de mercado; sin embargo, la demandada no allegó al expediente los estudios para corroborar su afirmación, a pesar del requerimiento expreso en tal sentido.

Lo que se conoce, es que el valor al que se hace referencia, finalmente tomado como precio del contrato, fue presupuestado directamente por EMCALI a partir de estimaciones que no lograron conocerse en el *sub lite*, razón por la cual puede afirmarse que no respondieron a parámetros objetivos, a pesar de la importancia del proyecto y las particulares características resaltadas en las distintas intervenciones procesales de los demandados. Y, en adición, que el contratista se limitó a reproducir en la oferta la exacta distribución realizada por EMCALI, de la estimación presupuestal del proyecto.

Llama la atención de la Sala las observaciones al respecto formuladas por el consorcio Araujo Ibarra & Asociados S.A. y Felipe Piquero Villegas en cuanto a que los beneficios económicos del proyecto se sustentaron en aumentos de productividad estimados en supuestos, al punto que se recomendó realizar estudios de mercado, por parte de firmas especializadas. Lo cual corrobora que, efectivamente, no se contaba con estudios para determinar los costos eficientes del proyecto.

Ahora bien, si se hubiera basado el precio del contrato en los costos promedios eficientes, como lo sostiene la demandada, cabe preguntarse por qué la misma renunció a la posibilidad de lograr superarlos pues el alto volumen de equipos requerido dada la magnitud del proyecto, hace ver muy factible acceder a precios inferiores al promedio.

Igualmente, como lo indicó el consorcio contratado por EMCALI, la sustentación económica del proyecto se centró, principalmente, en la estimación de aumentos de productividad, razón de más para encontrar injustificado que la empresa, dada la situación que atravesaba, hubiera renunciado a procedimientos de libre competencia y reducción de costos.

7. Conclusión

Para la Sala, el indebido proceder de EMCALI que se deduce de la violación de los artículos 2º, numerales 2.5 y 2.6; 3º, numeral 3.9; 30 y 34 de la Ley 142 de 1994; 3º de la Ley 489 de 1998 y 2º, 13, 20, 21 y 23 de la resolución 0186 de 2004, rectoras de la pulcritud, transparencia y rectitud con que se debió adelantar el proceso de contratar, así como la ausencia de interés en defender el patrimonio público, son razones que, por sí mismas, ameritan declarar la nulidad absoluta la invitación que EMCALI hiciera a PARQUESOFT, como único proponente y del contrato celebrado en esas condiciones contrarias al orden público. Asimismo, se ordenará remitir copia de este fallo a la Procuraduría General de la Nación para que adelante las investigaciones a que haya lugar.

Lo expuesto si se considera que, aunado a la vulneración de la normatividad antes referida, ante la difícil situación financiera y empresarial por la que atravesaba, lejos de defender a la entidad, a los acreedores y a los usuarios, EMCALI fue desleal a su misión, en cuanto, actuando de manera contraria a la libre competencia y eficiencia económica, transparencia y neutralidad, omitió aplicar los procedimientos establecidos que, además de sujetarse al ordenamiento, le habrían permitido acceder a mejores condiciones, logrando eficiencia en los costos en la prestación del servicio y proteger el patrimonio público.

En este estado, se duele la Sala de que no haya prosperado la medida cautelar impetrada.

8. Restituciones

De conformidad con las disposiciones de los artículos 3º y 34 de la Ley 472 de 1998, a efectos de cesar la vulneración o agravio sobre los derechos colectivos, procede restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. De donde, a juicio de la Sala, en virtud del principio útil de las normas la no restitución se impone como la *última ratio*, en los casos en que no resulta posible volver las cosas al estado anterior a la vulneración.

Criterio este acogido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el precedente atrás citado⁵⁷, conforme con el cual al declarar la nulidad de un contrato de compraventa de acciones, se ordenó volver las cosas a su estado anterior, “... como si nunca se hubiese realizado la enajenación”, con independencia de la época de la ejecución del objeto.

En el caso que ocupa su atención, en esta oportunidad, la Sala observa que no resulta posible volver las cosas al estado anterior en su integridad una vez declarada la nulidad absoluta del Contrato No. 100-GG-PS-0051-2005, celebrado el 21 de febrero del mismo año, entre Empresas Municipales de Cali– EMCALI E.IC.E y la Fundación Parque Tecnología del Software–PARQUESOFT, en cuanto el objeto comprendía i) la prestación de servicios consistentes en la gerencia del proyecto de renovación e integración de la plataforma tecnológica; ii) el suministro e instalación de equipos de cómputo y demás elementos periféricos de hardware, cuyo nivel de obsolescencia demanda un alto grado de actualización o renovación en periodos cortos de tiempo; iii) así como el suministro y elaboración de software que requiere de permanentes ajustes, adecuaciones y migraciones a la nueva tecnología.

Empero, habrá de ordenarse la restitución de la utilidad proveniente de la celebración y ejecución del contrato nulo, en cuanto no resulta posible obtener provecho de las actuaciones contrarias a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, establecidas en el *sub lite*.

De cara a tales efectos, la Sala observa que si bien en la oferta que le presentó a EMCALI, la fundación PARQUESOFT se limitó a reproducir los valores discriminados por componentes en la misma forma como lo tenía presupuestado la contratante, sin referencia alguna a las utilidades, el contrato las generaba para el contratista, al punto que, de manera reiterada e invariable, este se obligó a reconocer a sus mandatarios los beneficios económicos del contrato que celebró directamente y que ejecutó a través de esos terceros.

Asimismo, se considera que en cuanto en el *sub judice* no se acreditó que el valor del objeto contratado se hubiera establecido con referencia a los precios del mercado, pese a los expresos requerimientos de la Sala en ese sentido, no resulta del caso estimar la utilidad que deberá restituir el contratista PARQUESOFT con referencia a esos precios.

⁵⁷ Sentencia del 9 de diciembre de 2003, ponente Camilo Arciniegas Andrade, radicación número 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ, ya citada.

En consecuencia, establecido que el contrato generaba beneficios económicos, la Sala estimará el valor de la utilidad proyectada que deberá restituir el contratista, teniendo en cuenta otros criterios de orden legal y jurisprudencial. Al efecto, observa la Sala que en el caso del suministro de bienes y servicios a las entidades públicas, esta Corporación ha reconocido a los contratistas por concepto de utilidad esperada o proyectada, sumas que, en promedio, están alrededor del 6% del valor del contrato⁵⁸. Porcentaje este cercano al del interés legal establecido en el Código Civil y que, a juicio de la Sala, a falta de prueba sobre el valor de la utilidad esperada del contratista en este caso, bien puede entenderse como un supuesto legal del rendimiento mínimo que obtendría por la destinación del dinero a cualquier actividad.

El valor de la utilidad proyectada obtenido de aplicar el 6% al valor total ejecutado y pagado por EMCALI por el Contrato No. 100-GG-PS-0051-2005 se actualizará con el Índice de Precios al Consumidor, más los intereses legales de que tratan los artículos 1617 y 1746 de la codificación civil, desde la liquidación del contrato hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia. El resultado obtenido será la suma que el contratista PARQUESOFT deberá restituir a EMCALI, por concepto de la parte del precio correspondiente a la utilidad por la celebración y ejecución del contrato.

El acta de liquidación del contrato No. 100-GG-PS-0051-2005, suscrita el 11 de marzo de 2011 entre EMCALI y PARQUESOFT, da cuenta de que el valor total pagado por la ejecución del objeto fue de \$67.196.182.340 –fl. 506 vto-, sobre el cual se liquida la utilidad, así:

Utilidad del contrato = Valor ejecutado y pagado x porcentaje de utilidad

Utilidad del contrato = \$ 67.196.182.340 x 6% = \$ 4.031.770.940,40

Valor actualizado = \$ 4.031.770.940,40 x $\frac{113,98 \text{ (IPC diciembre de 2013)}}{107,12 \text{ (IPC marzo de 2011)}}$

Total Utilidad actualizada = \$ 4.289.966.876,28

Intereses legales = \$ 4.031.770.940,40 x 0,005 x 32 (meses)

Total intereses = \$ 645.083.350,46

Total utilidad a restituir con intereses = \$ 4.935.050.226,74

9. Sobre el derecho al incentivo

⁵⁸ En efecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencias del 11 de marzo de 2004, reconoció una utilidad esperada correspondiente al 7.50% del valor de la oferta (expediente 13355); del 7 de diciembre de 2004, reconoció porcentajes del 5.5, 5.32, 5.08 y 5.50 (expediente 13683); del 11 de marzo y 28 de septiembre de 2006, el 8.33% (expedientes 14576 y 15307) y del 21 de mayo de 2008, el 7.29% (expediente 15963). Esto es, en promedio el 6.61% del valor total ofertado o del contrato.

De conformidad con la decisión de la Sala Plena de lo contencioso administrativo, de “unificar la jurisprudencia... en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición dicha Ley 1425”, fundada en que el ejercicio la acción popular, la impugnación y demás actuaciones surtidas no pueden hacerse valer como derechos adquiridos ni expectativas legítimas frente a la derogatoria que dispuso la nueva ley, habrá de negarse el incentivo económico solicitado por el actor en el *sub judice*.

En efecto, así lo dejó establecido la Sala⁵⁹ –se destaca–:

Pues bien, para efectos de arribar a la determinación acerca de si el reconocimiento del incentivo resulta, o no, procedente en los procesos iniciados antes de la expedición de la plurimencionada Ley 1425, la Sala estima que el análisis relacionado con la naturaleza jurídica de los ya derogados artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 en cualquier caso lleva a la misma conclusión, esto es a la improcedencia de reconocer el estímulo económico, no obstante que se trate de acciones populares promovidas antes de que entrara en vigor de la Ley 1425; dicho de otra manera, indistintamente del carácter sustantivo o procedimental que pudiere predicarse respecto de las disposiciones abolidas, la conclusión a la cual debe arribarse, tal como se determinará en este proveído, es que por virtud de la decisión del Legislador, el incentivo económico desapareció del ordenamiento jurídico y, con ello, la posibilidad legal de seguir reconociéndolo dentro de las decisiones judiciales en aquellos asuntos iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425, al margen de si los preceptos legales que preveían tal premio a favor del actor popular correspondían, o no, a normas de naturaleza sustantiva o procesal.

La Sala precisa que cualquier disquisición que en punto a la naturaleza jurídica de los artículos 39 y 40 de la Ley 472, proferida en el año 1998, antes de constituir realmente un avance en la unificación de la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, se convertiría mas bien en un juicio retórico innecesario, pues, como se dijo, con independencia del carácter sustancial, o no, de dichos preceptos legales, la conclusión ha de ser la misma en uno u otro caso y ello constituye, en realidad, el aspecto a unificar por parte de la Corporación; es decir, la cuestión que en esta materia ocupa la atención de la Sala, con fines de unificación jurisprudencial, dice relación con la viabilidad de reconocer aún el incentivo económico dentro de los procesos iniciados en ejercicio de la acción popular antes de la expedición de la Ley 1425 y no lo es, en modo alguno, el debate que permita definir el carácter procesal o sustancial de unas normas que, además, ya desaparecieron del ordenamiento jurídico.

Por esa razón la Sala, sólo con el propósito de establecer –como ya se anticipó– que en este momento el juez de la acción popular no podrá reconocer el incentivo económico dentro de las acciones ejercidas antes

⁵⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de septiembre de 2013; Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; expediente 17001333100120090156601 AP. Se transcribe el texto sin las citas de pie de página.

de la expedición de la Ley 1425, procederá a advertir cómo los artículos 39 y 40 podrían acogerse desde la doble connotación –sustancial o procesal– respecto de su naturaleza jurídica, pero que, al margen de ello, la determinación final –que, bueno es insistir en ello, constituye realmente el aspecto a unificar– resulta ser la misma, esto es la improcedencia, se reitera, del reconocimiento del incentivo dentro de los litigios iniciados antes de que el Legislador hubiere expedido la Ley 1425, de diciembre 29 de 2010 (...).

(...) de aceptarse la condición sustancial de los preceptos legales que consagraban el incentivo en las acciones populares, necesariamente habría que aceptar entonces el argumento según el cual la desaparición del ordenamiento jurídico –como en efecto ocurrió– de las disposiciones que gozaban de tal naturaleza jurídica y que reconocían un derecho, impide por completo al operador judicial mantener su reconocimiento, habida cuenta de que la disposición que lo consagraba dejó de existir para el momento en el cual debía resolverse tal punto.

(...)

La Sala estima que el incentivo, entendido como el estímulo, la compensación o la retribución económica que la ley autorizaba reconocer por la labor diligente que hubiere realizado el actor popular a favor de la comunidad en búsqueda de la protección de sus derechos e intereses colectivos, no puede entenderse como un “derecho adquirido” en cabeza de dicho actor popular por el sólo hecho de presentar la demandada, comoquiera que tal instituto sólo sería determinado y, por ende, llamado a consolidarse, una vez el juez de la acción popular abordare el estudio del tema, actuación que únicamente podría producirse después de trabada la litis y del agotamiento de unas fases del proceso, esto es una vez culminada la audiencia de pacto de cumplimiento en cuanto se profiriera sentencia aprobatoria de la misma o, de manera definitiva, en la sentencia que pusiere final al litigio (...).

Por manera que el aludido estímulo económico de ninguna forma podía catalogarse como un derecho adquirido durante el curso del proceso, sino como una mera expectativa, habida consideración de la incertidumbre que frente a tal estímulo debía esclarecer el juez de la causa y, dicho sea de paso, siempre que las pretensiones de la demanda resultaren estimadas en la correspondiente sentencia definitiva (...).

Tampoco desconoce la Sala que las expectativas legítimas –noción que difiere de las meras expectativas y naturalmente del concepto de derechos adquiridos–, pueden merecer la tutela del ordenamiento jurídico en determinadas circunstancias, sin embargo advierte desde ya que tampoco hay lugar a examinar desde esta perspectiva la institución a la que se viene haciendo alusión, por la sencilla razón de que las posibilidades de que el incentivo se pudiera consolidar no dependían, en modo alguno (sic), del simple paso del tiempo y/o de la voluntad del interesado, comoquiera que, según se ha expuesto con amplitud, la única opción de que dicho incentivo pudiera trascender al campo de los derechos del actor dependía de factores, condiciones o presupuestos absolutamente exógenos, como son la existencia del pronunciamiento judicial que pusiere fin de manera definitiva al proceso, que en esa

providencia se hiciere el reconocimiento de dicho incentivo en cuanto consecuencia directa de haberse verificado tanto la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuya protección se perseguía con el ejercicio de la respectiva acción popular, como la efectividad de la intervención del actor en la obtención de la protección de los respectivos derechos colectivos.

En consecuencia, por ser el incentivo económico una mera expectativa en los procesos judiciales correspondientes que aún están en curso y que, por lo mismo, no han concluido (sic) con sentencia ejecutoriada que lo hubiere reconocido como un derecho adquirido, resulta perfectamente aplicable el precedente jurisprudencial mencionado, en relación con el cual se tiene que si bien la derogatoria del incentivo produce efectos ex - nunc, lo cierto es que tal abolición de normas sustanciales –si se les diere ese calificativo a los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998– necesariamente obliga a concluir que ello afectó y, por ende, dejó sin fundamento la mera expectativa que tenían los actores populares dentro de aquellos procesos iniciados antes de la expedición de la Ley 1425, por cuanto no se trataba, según se acaba de precisar, de derechos adquiridos o de obligaciones consolidadas con anterioridad a la promulgación de dicha ley, pues para ello dependía –el incentivo–, <<de que acontezcan tales supuestos, según la normatividad sustantiva vigente en el momento>>, lo cual no se produjo.

10. Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia

Como lo permite el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, se dispone la conformación de un Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia con la participación del juez, las partes, la entidad pública, encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

Siendo así, el Comité estará integrado por i) un Magistrado designado para el efecto por la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ii) la parte actora, iii) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como entidad encargada de velar por los derechos de los usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios; iv) el Vocal de Control del Comité de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica y aseo de Cali⁶⁰; iv) la Procuraduría General de la Nación, como representante del Ministerio Público y v) la Contraloría General de la República, entidad encargada constitucionalmente del control fiscal de los recursos públicos.

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

⁶⁰ Es de anotar que el Comité al que se hace mención es una organización de carácter no gubernamental a la que, de conformidad con los artículos 369 Constitucional y 63 de la Ley 142 de 1994, le fue confiada la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de la empresa prestadora.

RESUELVE:

REVOCAR la Sentencia del 27 de septiembre de 2005, proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar:

PRIMERO: AMPARAR los derechos colectivos de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, vulnerados por la invitación a contratar formulada por la demandada mediante la comunicación 100-GG-1004-04 del 2 de diciembre de 2004 y la celebración del Contrato No. 100-GG-PS-0051-2005, el 21 de febrero del mismo año, entre Empresas Municipales de Cali– EMCALI E.I.C.E y la Fundación Parque Tecnología del Software–PARQUESOFT. Y, en consecuencia, **DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA**, por contravenir el orden público, de la invitación y el contrato de los que aquí se trata, por las razones consignadas en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la fundación Parque Tecnología del Software–PARQUESOFT que restituya a EMCALI E.I.C.E E.S.P. la parte del precio correspondiente a la utilidad del contrato No. 100-GG-PS-0051-2005, junto con los intereses legales, por un valor total de Cuatro mil novecientos treinta y cinco millones cincuenta mil doscientos veintiséis pesos con setenta y cuatro centavos (**\$4.935.050.226,74**), dentro de un término no mayor a tres (3) meses, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a EMCALI E.I.C.E E.S.P que, bajo la vigilancia del Comité de que trata el numeral siguiente, adelante todas las gestiones necesarias para que la fundación PARQUESOFT le restituya el valor del precio del contrato señalado en el punto anterior.

CUARTO: CONFORMAR un Comité de Vigilancia que verifique el cumplimiento de esta sentencia, el cual estará integrado por i) un Magistrado designado para el efecto por la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, ii) la parte actora, iii) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como entidad encargada de velar por los derechos de los usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, iv) el Vocal de Control del Comité de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica y aseo de Cali, iv) la Procuraduría General de la Nación, como representante del Ministerio Público y v) la Contraloría General de la República, entidad encargada constitucionalmente del control fiscal de los recursos públicos.

QUINTO: Negar al actor popular el derecho al incentivo económico.

SEXTO: REMÍTASE por Secretaría a la Defensoría del Pueblo, copia del presente fallo, para que sea incluido en el Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo previsto en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.

SÉPTIMO: REMÍTASE por Secretaría a la Procuraduría General de la Nación, copia del presente fallo, para que adelante las investigaciones a que haya lugar por las irregularidades en que incurrieron los funcionarios de EMCALI E.I.C.E. E.S.P en la celebración del contrato No. 100-GG-PS-0051-2005.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Con aclaración de voto

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Con aclaración de voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA**

**CON ACLARACION DE VOTO DE LA CONSEJERA STELLA CONTO DIAZ DEL
CASTILLO**

**ACCION POPULAR - Mecanismo de revisión eventual / REVISION EVENTUAL
- Límites de competencia del juez / UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA -
Recae en los aspectos propuestos por el peticionario que llevaron a
seleccionar el asunto para revisión eventual**

Cabe destacar que, estando la competencia en el ámbito del mecanismo extraordinario de revisión eventual sujeta a la solicitud de parte, no puede esta Corporación decidir de oficio sobre eventuales revisiones que no fueron objeto de solicitud, lo que de suyo implica que la unificación de la jurisprudencia debe recaer exclusivamente sobre los aspectos puntuales propuestos por el peticionario y para los cuales se seleccionó el asunto. En este sentido, no puede perderse de vista que la Corte Constitucional declaró inexecutable la facultad que el artículo 11 de la Ley 1285 otorgaba al Consejo de Estado para seleccionar de oficio los asuntos que correspondan a las acciones populares, para su eventual revisión, en cuanto, por el respeto al debido proceso y la naturaleza de los derechos involucrados, consideró necesario que este trámite se sujete a la intervención directa de las partes.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2010 - ARTICULO 11

NOTA DE RELATORIA: la Corte Constitucional, al decidir el control automático de constitucionalidad de la Ley 1285 de 2009, en la sentencia C-713 de 2008, declaró inexecutable la facultad que el artículo 11 otorgaba al Consejo de Estado para seleccionar de oficio los asuntos que correspondan a las acciones populares para su eventual revisión.

UNIFICACION JURISPRUDENCIAL SOBRE IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL INCENTIVO ECONOMICO - Al resolver la revisión eventual se actuó sin competencia dado que se unificó la jurisprudencia en una materia distinta a la del objeto de la revisión admitida / COMPETENCIA DEL JUEZ QUE RESUELVE LA REVISION EVENTUAL - Límites / PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD - Se vulneró al dejarse sin efectos el fallo objeto de revisión / SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL SOBRE IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL INCENTIVO ECONOMICO - Vulnera el debido proceso y el principio de legalidad al decidirse sobre temas distintos a los del objeto de la selección

En tanto el ad quem le negó el reconocimiento del incentivo económico por no haber asistido a la audiencia de pacto de cumplimiento, en aquella oportunidad el actor popular promovió el mecanismo extraordinario de revisión eventual para que esta Corporación unifique la jurisprudencia en torno a ese punto, esto es a la procedencia del reconocimiento cuando el actor desatiende la señalada etapa procesal. Y, para esos mismos fines, la Sección Tercera seleccionó el asunto, como no podía de hacerlo de otra forma... Empero, la posición mayoritaria en aquella oportunidad no respetó los límites de su competencia, ya definida en los términos planteados, si se considera que procedió a unificar la jurisprudencia sobre materias ajenas al mecanismo extraordinario, esto es relativas al derecho del actor a percibir el incentivo por razones distintas a la diligencia observada en la audiencia del pacto del cumplimiento, aspecto este último sobre el cual estaba exclusivamente habilitada para pronunciarse. Y además del vicio que se acaba de señalar, que de por sí es grave en cuanto recae sobre los límites de la competencia, la posición mayoritaria de la que me aparté también fue más allá y vulneró el principio de intangibilidad del fallo objeto de revisión, al dejarlo sin efectos, extralimitándose una vez más, al aplicar para esos fines la Ley 1425 que entró a regir el 29 de diciembre de 2010, esto es, dos meses después de que el fallo había quedado ejecutoriado. Por estas graves razones de vulneración de los principios del debido proceso y de la legalidad a los que está sometido esta Corporación, me aparté de la decisión de unificación. A mi juicio, el Consejo de Estado, como cualquier otro juez o autoridad de la República, debe respeto a los

principios constitucionales y legales; con mayor razón si actúa como Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo para unificar la jurisprudencia que deben observar los demás jueces de esta jurisdicción.

INCENTIVO ECONOMICO - Decisión de declarar la improcedencia en el reconocimiento, aun, en los procesos iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley 1425 de 2010, con fundamento en la decisión legislativa de derogar el incentivo económico resulta arbitraria / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD - Conlleva el reconocimiento del incentivo a quienes ejercieron las acciones populares que se encontraban en trámite al entrar en vigencia la Ley 1425 de 2010

La posición mayoritaria, de la cual me aparté, consideró que la decisión del legislador, en el sentido de retirar el incentivo económico del ordenamiento jurídico, es razón suficiente para no reconocer ese beneficio a los actores en las acciones que se encontraban en curso al entrar en vigencia la Ley 1425 de 2010 y si bien propuso una argumentación sobre los aspectos relacionados con el carácter sustantivo y adjetivo de las normas derogadas, los derechos adquiridos, las expectativas legítimas y las meras expectativas, advirtió que se trata de una retórica innecesaria en cuanto las conclusiones del juicio sobre esos tópicos no inciden en el sentido de la unificación adoptada... A mi juicio, esta técnica de limitar la ratio decidendi y el decisum a la defensa de una posición preconcebida desdice del deber que, conforme con los artículos 230 constitucional y 304 del estatuto procesal civil, obliga al juez a fundamentar sus conclusiones en el examen crítico de las pruebas y en razonamientos ajustados a la ley y a la equidad, antes que justificar sus decisiones en el argumento de autoridad. En ese orden, estando regida la vigencia de la ley en el tiempo por el principio de la irretroactividad, de que tratan las disposiciones el artículo 58 constitucional, que impone la protección de las situaciones jurídicas individuales y las expectativas legítimas, no resulta posible negar el reconocimiento del incentivo a quienes ejercieron las acciones populares que se encontraban en trámite al entrar en vigencia de la Ley 1425 de 2010, por el mero hecho de que en 'virtud de la decisión del Legislador, el incentivo económico desapareció del ordenamiento jurídico', pues la ratio decidendi fundada en esos términos deviene en arbitraria... resultan evidentemente contrarios a la lógica formal a la que deben responder los fundamentos de las providencias judiciales, los argumentos en que se funda la decisión de la que me aparto, por cuanto: i) si en virtud de las disposiciones de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 se creaba una situación jurídica particular a partir del ejercicio de la acción popular, no resulta posible sostener que esas mismas disposiciones regulaban aspectos procesales 'sin ocuparse de una relación jurídica en particular' y viceversa y ii) resulta errado considerar que esas disposiciones lucían el carácter típico de las normas procesales, en cuanto regulaban lo atinente a la prestación a la que podía aspirar el actor y el tema probatorio, pues, en cuanto aspectos que atañen directamente a la pretensión y los hechos, no pueden sino pertenecer al ámbito sustantivo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 304

SITUACIONES JURIDICAS CONSOLIDADAS - Desconocimiento / DERECHO ADQUIRIDO - Diferencia respecto a la mera expectativa / RECONOCIMIENTO DEL INCENTIVO ECONOMICO - Constituye expectativas legítimas que merecen ser protegidas

La posición mayoritaria desconoció las situaciones jurídicas consolidadas, consistentes en los hechos o actuaciones llevados a cabo desde la presentación de la demanda, fundada en que es la declaración del juez la que hace nacer el derecho al incentivo económico y no los hechos del actor popular. Desconociendo así que i) la sentencia tiene efectos meramente declarativos, ii) que el juez no puede negarse a declarar la situación consolidada a partir de los hechos generados por el actor popular y la intangibilidad del fallo objeto de revisión y iii) que, en virtud del principio de irretroactividad, la Ley 1425 de 2010 no puede desconocer los hechos pasados, esto es los realizados por el actor partiendo desde la presentación de la demanda... el derecho adquirido tiene que ver con las situaciones jurídicas consolidadas, sea que se trate de derechos subjetivos, hechos o relaciones jurídicas y la mera expectativa se refiere a las situaciones abstractas dispuestas por la ley, la expectativa legítima protege a la persona a la que habiendo cumplido todos los requisitos para acceder al derecho se le frustró la adquisición por el solo hecho de la ley, esto es la situación que permite que efectivamente el sujeto llegue al derecho al margen de la transición legislativa. Los incentivos económicos previstos en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 constituyen –bajo las premisas descritas en precedencia- expectativas legítimas que deben ser protegidas, desde el mismo momento en que se presenta la demanda de acción popular, hasta su consolidación cuando la sentencia acoge las pretensiones. De manera que si la sentencia logra proteger el derecho colectivo o prevenir que éste fuera desconocido, no quedaba sino reconocer el derecho a la prestación. En suma, iniciada la acción popular, los incentivos económicos previstos por la Ley 472 de 1998 –luego derogados por la Ley 1425 de 2010-, deben catalogarse de expectativas legítimas, susceptibles de ser protegidas – como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional reiteradamente-, y ello tanto por i) motivos materiales como por ii) razones de índole lógica y procesal.

LEGITIMA EXPECTATIVA - Concepto / EXPECTATIVA LEGITIMA - Noción

La legítima expectativa hace alusión a la esperanza, la confianza, en fin, a la seguridad que tiene una persona de materializar en un futuro muy próximo –casi actual-, un derecho o interés; certeza ésta que se ve reforzada al reunirse un conjunto de características que imponen la necesidad de proteger esta esperanza, confianza y seguridad de modo que se garantice una aplicación no retroactiva de la nueva ley, toda vez que, de no ser ello así, la protección del derecho adquirido se vuelve puramente retórica, en cuanto como decir que se protege lo que no se permitirá consolidar.

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD - Garantiza el reconocimiento del incentivo económico a los actores que ejercieron la acción popular en vigencia de la Ley 472 de 1998

No puede perderse de vista que la Ley 472 de 1998 rigió desde 1999 hasta el 29 de diciembre de 2010. Lapsó en el que generó una confianza justificada entre quienes se propusieron defender los derechos colectivos, a saber, que contarían con un apoyo económico para compensar sus actuaciones orientadas a proteger los derechos e intereses colectivos. Si los actores populares presentaron su demanda bajo la vigencia de la Ley 472 de 1998 y la jurisdicción constata que, en efecto, tuvieron razón, debe reconocérseles el incentivo, por sencillos motivos de seguridad, buena fe y equidad, con mayor razón si sacaron avante sus pretensiones durante la vigencia de la ley antigua.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - No puede extenderse para negar el reconocimiento de los derechos

Finalmente, no puedo dejar de reiterar mi asombro por el carácter sancionatorio que la posición mayoritaria atribuyó con carácter unificador a la condena que obliga a pagar el incentivo, para adoptar una decisión más favorable al demandado sacrificando los intereses legítimos del actor popular, pues, además de que una argumentación en tal sentido raya en el oportunismo, se aparta sustancialmente de la naturaleza jurídica del incentivo. Si, como lo admite la posición mayoritaria en la decisión de unificación, en virtud de las disposiciones de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 se establecen las situaciones jurídicas de acreedor y deudor del incentivo entre el actor popular y la entidad demandada, es porque se trata, como en efecto lo es, de una obligación impuesta por la ley, con fines compensatorios y no sancionatorios. Y, aunado al hecho de que la sentencia que condena al pago del incentivo tiene efectos declarativos y no los constitutivos que caracterizan la imposición de la sanción, resulta incoherente, al menos, acudir a los principios que rigen en relación con estas últimas medidas. A mi juicio, la argumentación en este sentido, lejos fundamentar la decisión de unificación jurisprudencial en la forma exigida por el ordenamiento, se orienta a favorecer injustificadamente al demandado en contra de los intereses legítimos del actor popular.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 39 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 40

En la presente oportunidad, no obstante ser la ponente de la decisión que negó el reconocimiento del incentivo económico al actor popular, fundada en el deber de acatar el precedente de la Sala Plena de lo contencioso administrativo que unificó la jurisprudencia “... *en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición de dicha Ley 1425*”⁶¹, procedo a reiterar mi desacuerdo con esa unificación jurisprudencial, por las mismas razones expuestas en aquella oportunidad.

1. La Sala procedió sin competencia en cuanto unificó la jurisprudencia en una materia distinta a la del objeto de la revisión admitida y actuó como tribunal de instancia revocando la sentencia del *ad quem*

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, la revisión con fines de unificación de jurisprudencia, i) es un mecanismo extraordinario; ii) contra las sentencias ejecutoriadas de los Tribunales Administrativos que ponen fin a los procesos promovidos en ejercicio de la acción popular; iii) que no suspende la sentencia recurrida; iv) procede a petición de parte o del Ministerio Público y v) sujeto a que se resuelva sobre la selección para la revisión, mediante auto que es susceptible del recurso de insistencia.

En ese orden, cabe destacar que, estando la competencia en el ámbito del mecanismo extraordinario de revisión eventual sujeta a la solicitud de parte, no puede esta Corporación decidir de oficio sobre eventuales revisiones que no fueron objeto de solicitud, lo que de suyo implica que la unificación de la

⁶¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de abril de 2013; Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; expediente 17001333100120090156601 AP. Se transcribe el texto sin las citas de pie de página.

jurisprudencia debe recaer exclusivamente sobre los aspectos puntuales propuestos por el peticionario y para los cuales se seleccionó el asunto.

En este sentido, no puede perderse de vista que la Corte Constitucional declaró inexecutable la facultad que el artículo 11 de la Ley 1285 otorgaba al Consejo de Estado para seleccionar de oficio los asuntos que correspondan a las acciones populares, para su eventual revisión, en cuanto, por el respeto al debido proceso y la naturaleza de los derechos involucrados, consideró necesario que este trámite se sujete a la intervención directa de las partes.

En efecto, así lo señaló la Corte Constitucional al decidir el control automático de constitucionalidad de la Ley 1285 de 2009⁶² –se destaca-:

8.- Así mismo, deberá declarar inexecutable las expresiones “de oficio o” y “Al efectuar la revisión se decidirá sin las limitaciones propias de los recursos”, del inciso primero del artículo 11, por cuanto riñen con los postulados del debido proceso (art. 29 CP).

*En efecto, como la configuración de las acciones populares y de grupo parte de la base de que el trámite de recursos exige una suerte de legitimación por activa, es necesaria la intervención y solicitud directa de las partes. En esa medida, **permitir que la revisión eventual opere de manera oficiosa y que el Consejo de Estado pueda decidir sin ningún tipo de limitación**, implicaría transferir una facultad reservada a las partes, entre las que se encuentra el Ministerio Público como garante de los intereses colectivos y de la sociedad en general, **resulta contrario al debido proceso y a los derechos de los sujetos involucrados**.*

Asimismo, enfatizó la Corte Constitucional sobre la intangibilidad de la sentencia del Tribunal Administrativo que decide sobre la acción popular, dado el carácter eventual y excepcional del recurso de revisión. Así lo expresó en la oportunidad ya señalada:

*No resulta razonable supeditar el amparo de los derechos involucrados en las acciones constitucionales populares y de grupo **a una decisión apenas eventual y excepcional**, que por tardía podría hacer nugatorio el disfrute legítimo de un derecho cuya titularidad radica en cabeza de una colectividad⁶³.*

El mecanismo extraordinario de revisión eventual que ocupó la atención de la Sala al decidir sobre la unificación de la jurisprudencia, fue promovido por el actor popular contra la sentencia del 7 de octubre de 2010, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Caldas revocó parcialmente el fallo de primera instancia y declaró al municipio de Chinchiná y a su Casa de la Cultura, “responsables de la violación del derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, consagrado en el artículo 4, literales m) de la Ley 472 de 1998”.

⁶² Sentencia C-713 de 2008.

⁶³ *Ibíd.*

Y, en tanto el *ad quem* le negó el reconocimiento del incentivo económico por no haber asistido a la audiencia de pacto de cumplimiento, en aquella oportunidad el actor popular promovió el mecanismo extraordinario de revisión eventual para que esta Corporación unifique la jurisprudencia en torno a ese punto, esto es a la procedencia del reconocimiento cuando el actor desatiende la señalada etapa procesal. Y, para esos mismos fines, la Sección Tercera seleccionó el asunto, como no podía de hacerlo de otra forma.

Así quedó delimitado el objeto de la unificación jurisprudencia sobre la cual debía pronunciarse la Corporación, en el auto del 23 de febrero de 2011:

*En armonía con lo expuesto y en cumplimiento de las previsiones del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, a juicio de la Sección Tercera, es tarea ineludible de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificar la jurisprudencia en materia de acción popular, **en lo que tiene que ver con la relación entre la diligencia observada por el actor y su derecho a percibir el incentivo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.***

Empero, la posición mayoritaria en aquella oportunidad no respetó los límites de su competencia, ya definida en los términos planteados, si se considera que procedió a unificar la jurisprudencia sobre materias ajenas al mecanismo extraordinario, esto es relativas al derecho del actor a percibir el incentivo por razones distintas a la diligencia observada en la audiencia del pacto del cumplimiento, aspecto este último sobre el cual estaba exclusivamente habilitada para pronunciarse.

Y además del vicio que se acaba de señalar, que de por sí es grave en cuanto recae sobre los límites de la competencia, la posición mayoritaria de la que me aparté también fue más allá y vulneró el principio de intangibilidad del fallo objeto de revisión, al dejarlo sin efectos, extralimitándose una vez más, al aplicar para esos fines la Ley 1425 que entró a regir el 29 de diciembre de 2010, esto es, dos meses después de que el fallo había quedado ejecutoriado.

Por estas graves razones de vulneración de los principios del debido proceso y de la legalidad a los que está sometido esta Corporación, me aparté de la decisión de unificación. A mi juicio, el Consejo de Estado, como cualquier otro juez o autoridad de la República, debe respeto a los principios constitucionales y legales; con mayor razón si actúa como Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo para unificar la jurisprudencia que deben observar los demás jueces de esta jurisdicción.

Y no me asiste la menor duda en cuanto a que no puede pretenderse que en las instancias se sigan los pronunciamientos del superior jerárquico, cuando la conducta a seguir que este inspira tiene que ver con la libertad de decisión sin límites.

2. La decisión legislativa de derogar el incentivo económico no es razón suficiente para negar su reconocimiento a los actores que ejercieron la

acción popular antes de la nueva ley. La unificación a partir de esa *ratio decidendi* resulta arbitraria

La Sala procedió a la unificación de la jurisprudencia apartándose del objeto del mecanismo extraordinario que le correspondía decidir en aquella oportunidad, invocando haber adoptado la Corporación decisiones contradictorias en relación con el reconocimiento después de la vigencia de la Ley 1245 de 2010 que derogó el incentivo económico.

Al respecto consideró que, en dos oportunidades, la Subsección C de la Sección Tercera negó el reconocimiento del incentivo fundada en que i) el carácter sustantivo de las disposiciones de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 impide su aplicación después de la derogatoria dispuesta por la Ley 1425 de 2010; ii) el ejercicio de la acción popular antes de la abrogación genera una mera expectativa al reconocimiento del incentivo, que el actor no puede hacer valer frente a la nueva ley y iii) como las disposiciones derogadas no regulan términos procesales que estuvieran corriendo, debe aplicarse la nueva ley al tenor del artículo 40 de la Ley 153 de 1887; en tanto la Sección Primera, “*en abierta oposición al criterio jurisprudencial de la Sección Tercera–Subsección C*”, concedió el incentivo, en cuanto consideró que la aplicación de la ley posterior a las acciones populares en curso vulnera el principio de la irretroactividad y contraría las disposiciones de los artículos 164 de la Ley 446 de 1998 y 40 de la Ley 153 de 1887, a cuyo tenor las actuaciones, recursos y diligencias deben regirse por la ley vigente al momento en que se iniciaron o fueron interpuestos.

Al margen de las motivaciones en que se apoyan esas decisiones opuestas, la posición mayoritaria, de la cual me aparté, consideró que la decisión del legislador, en el sentido de retirar el incentivo económico del ordenamiento jurídico, es razón suficiente para no reconocer ese beneficio a los actores en las acciones que se encontraban en curso al entrar en vigencia la Ley 1425 de 2010 y si bien propuso una argumentación sobre los aspectos relacionados con el carácter sustantivo y adjetivo de las normas derogadas, los derechos adquiridos, las expectativas legítimas y las meras expectativas, advirtió que se trata de una retórica innecesaria en cuanto las conclusiones del juicio sobre esos tópicos no inciden en el sentido de la unificación adoptada.

En efecto, en la decisión de la que me aparté se delimitó la *ratio decidendi* y el *decisum* así –se destaca–:

Pues bien, para efectos de arribar a la determinación acerca de si el reconocimiento del incentivo resulta, o no, procedente en los procesos iniciados antes de la expedición de la plurimencionada Ley 1425, la Sala estima que el análisis relacionado con la naturaleza jurídica de los ya derogados artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 en cualquier caso lleva a la misma conclusión, esto es a la improcedencia de reconocer el estímulo económico, no obstante que se trate de acciones populares promovidas antes de que entrara en vigor de la Ley 1425; dicho de otra manera, indistintamente del carácter sustantivo o

*procedimental que pudiere predicarse respecto de las disposiciones abolidas, **la conclusión a la cual debe arribarse, tal como se determinará en este proveído, es que por virtud de la decisión del Legislador, el incentivo económico desapareció del ordenamiento jurídico y, con ello, la posibilidad legal de seguir reconociéndolo dentro de las decisiones judiciales en aquellos asuntos iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425, al margen de si los preceptos legales que preveían tal premio a favor del actor popular correspondían, o no, a normas de naturaleza sustantiva o procesal.***

*La Sala precisa que cualquier disquisición que en punto a la naturaleza jurídica de los artículos 39 y 40 de la Ley 472, proferida en el año 1998, antes de constituir realmente un avance en la unificación de la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, **se convertiría mas bien en un juicio retórico innecesario, pues, como se dijo, con independencia del carácter sustancial, o no, de dichos preceptos legales, la conclusión ha de ser la misma en uno u otro caso y ello constituye, en realidad, el aspecto a unificar por parte de la Corporación; es decir, la cuestión que en esta materia ocupa la atención de la Sala, con fines de unificación jurisprudencial, dice relación con la viabilidad de reconocer aún el incentivo económico dentro de los procesos iniciados en ejercicio de la acción popular antes de la expedición de la Ley 1425 y no lo es, en modo alguno, el debate que permita definir el carácter procesal o sustancial de unas normas que, además, ya desaparecieron del ordenamiento jurídico.***

*Por esa razón la Sala, **sólo con el propósito de establecer –como ya se anticipó– que en este momento el juez de la acción popular no podrá reconocer el incentivo económico dentro de las acciones ejercidas antes de la expedición de la Ley 1425,** procederá a advertir cómo los artículos 39 y 40 podrían acogerse desde la doble connotación –sustancial o procesal– respecto de su naturaleza jurídica, pero que, al margen de ello, la determinación final –que, bueno es insistir en ello, constituye realmente el aspecto a unificar– resulta ser la misma, esto es la improcedencia, se reitera, del reconocimiento del incentivo dentro de los litigios iniciados antes de que el Legislador hubiere expedido la Ley 1425, de diciembre 29 de 2010 –págs. 50 y 51-.*

Y dentro de ese juicio de retórica al que la Sala accedió, aunque desestimándolo por innecesario, formuló dos hipótesis que tienen que ver con la doble naturaleza de normas sustantivas y adjetivas que le atribuyó a las disposiciones de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, dentro de las cuales descartó la protección de las situaciones jurídicas consolidadas y las expectativas legítimas, por razones que desconocen abiertamente el contenido de esos conceptos y se acompañan con la menguada importancia con la que la posición mayoritaria abordó esos aspectos.

A mi juicio, esta técnica de limitar la *ratio decidendi* y el *decisum* a la defensa de una posición preconcebida desdice del deber que, conforme con los artículos 230 constitucional y 304 del estatuto procesal civil, obliga al juez a fundamentar sus conclusiones en el examen crítico de las pruebas y en razonamientos ajustados a la ley y a la equidad, antes que justificar sus decisiones en el argumento de autoridad.

En ese orden, estando regida la vigencia de la ley en el tiempo por el principio de la irretroactividad, de que tratan las disposiciones el artículo 58 constitucional, que impone la protección de las situaciones jurídicas individuales y las expectativas legítimas, no resulta posible negar el reconocimiento del incentivo a quienes ejercieron las acciones populares que se encontraban en trámite al entrar en vigencia de la Ley 1425 de 2010, por el mero hecho de que en “*virtud de la decisión del Legislador, el incentivo económico desapareció del ordenamiento jurídico*”, pues la *ratio decidendi* fundada en esos términos deviene en arbitraria.

Ahora bien, a pesar de encontrarlo innecesario a efectos de la unificación adoptada, la Sala accedió a realizar un juicio de retórica con el que se propuso demostrar que, en tanto las disposiciones de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 tienen la doble naturaleza de normas sustantivas y adjetivas, debe imponerse la decisión de aplicar la Ley 1425 de 2010 para negar el reconocimiento del incentivo económico. Empero, a mi juicio, la razón en la que apoyó la doble naturaleza de las disposiciones antiguas y la conclusión de remitir las dos hipótesis –como normas sustantivas y adjetivas- a la aplicación de la nueva ley en iguales condiciones, son abiertamente contradictorias y erradas.

Esto es así, porque la posición mayoritaria atribuyó carácter sustantivo a los artículos 39 y 40 de la Ley 472, en tanto consideró que sus disposiciones creaban una relación jurídica particular, entre el actor popular y la entidad demandada, en virtud de la cual esta asumía la obligación de pagar el incentivo, al tiempo que sostuvo que el derecho correspondiente a esa relación sólo se mantiene en el tiempo si al momento de dictar la sentencia las disposiciones continúan vigentes.

Así se expuso en la decisión de la cual me aparto –se destaca-:

➤ ***Hipótesis acerca del carácter sustancial de los preceptos derogados***

Los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 podrían haberse considerado como normas de carácter sustancial, por cuanto claramente creaban una relación jurídica particular –derecho al incentivo económico y la consiguiente obligación de pagarlo–, en cabeza de las personas involucradas en el litigio derivado del ejercicio de la acción constitucional: de un lado se halla el actor popular, quien era beneficiario de tal derecho, con ocasión de la procedencia de la acción popular por él ejercida; de otro parte se encontraba la entidad accionada, la cual, además de obligarse a efectuar las actuaciones encaminadas a evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos colectivos amparados por el juez de la causa, debía igualmente pagar

el estímulo económico decretado por el operador judicial a favor de su contraparte.

En ese sentido, de aceptarse la condición sustancial de los preceptos legales que consagraban el incentivo en las acciones populares, necesariamente habría que aceptar entonces el argumento según el cual la desaparición del ordenamiento jurídico –como en efecto ocurrió– de las disposiciones que gozaban de tal naturaleza jurídica y que reconocían un derecho, impide por completo al operador judicial mantener su reconocimiento, habida cuenta de que la disposición que lo consagraba dejó de existir para el momento en el cual debía resolverse tal punto –pag. 53-.

En esos términos resultan evidentes las razones abiertamente ambiguas y contradictorias en que se funda la decisión de unificación, en cuanto se señala que las disposiciones derogadas crearon una situación jurídica particular, consistente en acceder al incentivo a partir del ejercicio de la acción, que desapareció con la derogatoria de las normas que crearon la situación jurídica individual.

Es que si a partir del ejercicio de la acción se estableció una situación jurídica individual, como lo señaló la posición mayoritaria y estoy segura de que así sucedió, no resulta posible concluir que esa situación desapareció con la abrogación de la norma que dio lugar a su creación, porque lo que desaparece del ordenamiento por efecto de la derogatoria es la norma, no los efectos o consecuencias que la misma produjo, pues de no ser así se daría paso a la retroactividad de la ley.

Pero es que, además, no resulta posible atribuir simultáneamente a la ley y a la decisión judicial efectos constitutivos. Si a partir del ejercicio de la acción, en virtud de la ley se creaba una situación jurídica particular, como lo sostiene la posición mayoritaria y así lo creo igualmente, los efectos de la sentencia en esa materia son meramente declarativos, sin que le sea posible al juez, entonces, negar la declaración de lo que ya existe.

Pero lo anterior no lo es todo. La posición mayoritaria de la cual me aparté, después de concluir el carácter sustantivo de las disposiciones los artículos 39 y 40 de la Ley 472, seguidamente concluyó que son, igualmente, de carácter procesal, solo que esta vez negó que en virtud de esas disposiciones se creara una relación sustancial entre el actor y la demandada por razón del incentivo, fundada erradamente en que la pretensión y los elementos probatorios son de naturaleza adjetiva. Logomaquia a partir de la cual restó la importancia que debió darse al asunto, máxime, en tratándose de una decisión que unifica la jurisprudencia.

Así se lee en la decisión que no comparto:

➤ ***Hipótesis acerca del carácter procesal de los preceptos derogados.***

Ahora bien, si se estimare que los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 hubieren tenido el carácter de normas procedimentales, cuestión que, se reitera, de manera alguna constituye el punto a unificar en la jurisprudencia de la Corporación, la consideración esgrimida anteriormente acerca de la improcedencia del reconocimiento del incentivo dentro de los procesos iniciados antes de la expedición de la Ley 1425 también estaría llamada a mantenerse si se tratara de normas de índole procedimental.

(...)

En ese orden de ideas podría considerarse, de una manera llana y simple, que el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 revestiría carácter procedimental porque si bien en apariencia disponía –o mejor– radicaba un derecho patrimonial (incentivo) en cabeza del actor popular, lo cierto es que el propósito único de esa norma era el de definir un fenómeno jurídico consistente en autorizar el acceso al estímulo económico por parte del accionante y el margen cuantitativo del mismo, ello bajo el entendido de que el precepto no creaba, ni modificaba y mucho menos extinguía una relación jurídica concreta entre quienes hubieren intervenido en la litis.

En ese sentido, nada impediría que se acogiere la disposición derogada como aquella que se limitó a mencionar o a describir –aspecto típico de una norma procesal– la prestación a la cual podía acceder el actor y el consiguiente marco económico dentro del cual el juez de la acción popular podía tasarlo.

Por su parte, el posible raigambre procedimental de la segunda disposición derogada –artículo 40 de la Ley 472 de 1998–, resultaría de lo siguiente:

El primer inciso⁶⁴, en realidad, es muy similar al artículo que le precedía, puesto que en esa misma dirección, la disposición sólo describía el monto del incentivo al cual tendrían derecho los actores populares ante la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, sin ocuparse de una relación jurídica en particular.

En cuanto al segundo inciso de la norma, aunque habría estado llamado a crear una relación jurídica particular –al responsabilizar patrimonialmente al representante legal de la entidad por los posibles sobrecostos o irregularidades en la contratación–, lo cierto es que, como lo ha sostenido la Corporación, <<la norma procesal no contiene determinaciones sustanciales>> y ocurre que el último inciso del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, le habría otorgado una condición procesal aún más evidente a la disposición legal, por cuanto allí se contemplaba un aspecto netamente in procedendo, como lo

⁶⁴ “En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular”.

era el tema probatorio (sic), de cara a la procedencia de la acción popular⁶⁵.

En esas condiciones resultan evidentemente contrarios a la lógica formal a la que deben responder los fundamentos de las providencias judiciales, los argumentos en que se funda la decisión de la que me aparto, por cuanto: i) si en virtud de las disposiciones de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 se creaba una situación jurídica particular a partir del ejercicio de la acción popular, no resulta posible sostener que esas mismas disposiciones regulaban aspectos procesales “sin ocuparse de una relación jurídica en particular” y viceversa y ii) resulta errado considerar que esas disposiciones lucían el carácter típico de las normas procesales, en cuanto regulaban lo atinente a la prestación a la que podía aspirar el actor y el tema probatorio, pues, en cuanto aspectos que atañen directamente a la pretensión y los hechos, no pueden sino pertenecer al ámbito sustantivo.

3. En cabeza de los actores que iniciaron las acciones populares en trámite al entrar en vigencia la Ley 1425 de 2010 existen situaciones jurídicas y expectativas legítimas protegidas por el ordenamiento, que la jurisprudencia unificada desconoció

3.1. Los derechos adquiridos y las meras expectativas

La posición mayoritaria que unificó la jurisprudencia, después de invocar suficiente jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Constitucional conforme con la cual, en virtud del principio de irretroactividad, resulta imperativo proteger las situaciones jurídicas, decidió desconocer aquellas que a lo largo de los procesos adelantados antes de la vigencia de la Ley 1425 de 2010 se consolidaron en favor de los actores populares. Esto es así, porque amparada en el argumento de que, en tanto el derecho se adquiere por la decisión judicial que reconoce el incentivo económico, resolvió que la derogatoria aplicaba para los procesos iniciados antes de la vigencia de esta última ley.

En ese orden, si bien la posición mayoritaria de la que me aparté extendió a las situaciones jurídicas consolidadas la protección de que trata el artículo 58 constitucional, como lo ha decantado la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, no reflejó esas razones al *decisum*, si se considera que decidió hacer de juez de instancia, sin facultad para ello y así desconocer la sentencia de la que el actor popular pretendía derivar el reconocimiento, fundado en normas entonces vigentes.

En el año 440 d. C., se formuló en el Derecho Romano la ley “que ha ejercido la más decisiva influencia tanto sobre la legislación como sobre la práctica y la doctrina de los autores”, al decir de Savigny, a cuyo tenor: “[I]eges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi

⁶⁵ Se omitieron las citas de pie de página del texto citado.

*nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotis cautum sit*⁶⁶. – “Las leyes nuevas se aplican a todos los actos jurídicos ulteriores, no a los actos pasados, aunque sus efectos no se hubieren cumplido todavía”⁶⁷-.

En el mismo sentido, el Código prusiano dispuso que –se destaca- “[l]as leyes nuevas no pueden aplicarse a los actos ni a los hechos anteriores a su promulgación”, en tanto que de conformidad con la legislación austríaca “[l]as leyes no tienen efecto retroactivo: así, pues, no ejercen ninguna influencia sobre los actos anteriores a su promulgación, ni sobre los derechos adquiridos”⁶⁸.

El doctrinante Rodrigo Noguera Barreneche contextualiza a BONNECASE enfatizando en la protección de los hechos antes que los derechos, en las siguientes líneas: “Ahora bien, como las normas abstractas en que las leyes consisten, se concretan aplicándose a las cosas y a las personas por razón del hecho previsto en sus disposiciones, las situaciones jurídicas que las personas confrontan con relación a las leyes son, o bien abstractas -si apenas existe la vocación (de vocare) o llamamiento legal a beneficiarse con la norma social obligatoria- o bien cada vez más concretas, conforme al orden inverso al de la enumeración precedente, desde que se realiza el acto o hecho jurídico pertinente, que puede ser el nacimiento de una persona, y su misma concepción, si sobrevive hasta un instante después de nacida. De ahí la clasificación de **BONNECASE**, que divide la manera de ser de cada uno con respecto a las reglas de derecho o instituciones jurídicas determinadas, en abstractas y concretas, con la radical separación que dejo expuesta; para establecer enseguida que las primeras son simples llamamientos [sic] de la ley, que no crean derechos invulnerables por la ley nueva; y las segundas, situaciones generadoras de derechos dignos de sobrevivir (...)”.⁶⁹

“En síntesis, para Bonnecase una ley nueva puede regir las situaciones jurídicas abstractas, pero no puede desconocer ni modificar ni vulnerar en forma alguna las situaciones jurídicas concretas preexistentes. Y para saber si una persona determinada se encontraba, con respecto a la ley antigua, en una situación jurídica abstracta o en una situación jurídica concreta, bastará examinar si, en favor o en contra de esa persona se han realizado el acto jurídico o el hecho jurídico mediante los cuales la ley era susceptible de aplicarse efectivamente a un individuo determinado”.⁷⁰

Asimismo, JULIÁN RESTREPO HERNÁNDEZ considera: “En toda disposición legal encontraremos dos cosas infaliblemente: el elemento material y el formal. El primero no depende de la ley; ella lo encuentra, lo toma y lo gobierna: Ese elemento material es el hecho previsto en la ley, la hipótesis base de sus disposiciones, el caso de la ley, como dicen los prácticos. El otro elemento, el formal, el jurídico, es la conclusión jurídica que la ley saca del hecho (...) Sentado esto, podremos sacar en consecuencia que, verificado el hecho previsto en la ley, nacen por lo mismo las consecuencias jurídicas que la ley asigna al hecho. La

⁶⁶ Expedida por el emperador Teodosio II para el imperio de Oriente.

⁶⁷ Según cita de Savigny, Friedrich Karl von; “Sistema del derecho romano actual”, Ed. Comares, 2005, págs. 1499 y 1500.

⁶⁸ Cfr., Savigny, ob. cit., págs. 1503 y 1504.

⁶⁹ Ibid., p. 45-46.

⁷⁰ Valencia Arango, Jorge. Derechos adquiridos. 1ª ed. Bogotá, D.C.: Ediciones Librería del Profesional, 1983. p. 46.

lógica así lo indica, y así lo impone la buena fe del legislador. Esas consecuencias son los derechos adquiridos".⁷¹

El tratadista chileno EUGENIO VERGARA expresa en su obra, el Código Civil ante la Universidad, lo siguiente: **"Una vez consumada la existencia de los hechos o condiciones a que la ley ha unido el poder de formar o constituir un derecho, éste principia a existir luego con el poder de desarrollarse en lo sucesivo, produciendo todos los efectos que habría producido bajo el imperio de la ley que precedió a su formación (...)"**.⁷²

Y aunque en el Derecho francés y en los ordenamientos receptores del Código napoleónico ejerció gran influencia la doctrina de Merlin de Douai (1815), conforme con la cual la ley es retroactiva cuando desconoce los "derechos adquiridos", estos son los "que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él, y que nadie nos puede arrebatarnos"⁷³, dando así a entender que los hechos que dan lugar al nacimiento del derecho corresponden al campo de las meras expectativas, en las épocas actuales esa tesis entró en decadencia, i) por su falta de precisión, en cuanto utiliza la expresión "derechos adquiridos" en un sentido más amplio que el del derecho subjetivo; ii) porque para precisar el sentido del derecho adquirido se acudió a distintas definiciones que finalmente degeneraron en el campo de los hechos jurídicos; iii) porque se ocupó específicamente de la irretroactividad sin explicar el efecto inmediato de la ley y, iv) principalmente, porque no resistió las críticas formuladas desde el derecho alemán, italiano y el mismo francés, a partir del entendimiento de que la ley es retroactiva cuando desconoce los efectos ya producidos por un hecho o acto anterior y cuando suprime o modifica hacia el futuro los derechos derivados de un hecho pasado⁷⁴.

En línea con la doctrina que rechaza la aplicación de la nueva ley para desconocer los hechos pasados, universalmente aceptada desde hace varios siglos, los profesores Valencia Zea y Ortiz Monsalve, explican los alcances del principio de la irretroactividad así –se destaca–:

II. El principio de la irretroactividad

(...)

I. Conceptos y casos de retroactividad.-La Irretroactividad consiste en que la nueva ley no puede desconocer derechos, hechos jurídicos y relaciones jurídicas, válidamente formados bajo el imperio de la ley anterior, ni los efectos que estos hayan producido bajo su vigencia. Una ley es retroactiva en estos casos:

a) Cuando desconoce la validez de hechos jurídicos constituidos bajo el imperio de la ley derogada. Asimismo cuando vuelve sobre el pasado para revalidar hechos jurídicos irregularmente constituidos.

Este primer caso de leyes retroactivas es el más fácil de entender, comprende las hipótesis en que una nueva ley impone nuevas condiciones o requisitos

⁷¹ Noguera Barreneche. Op. cit., p. 47-48.

⁷² Vergara, Eugenio. El Código Civil ante la Universidad. Bogotá, D.C.: Imprenta a cargo de Fernando Pontón, 1887.

⁷³ Según cita de Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro, en Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Personas; Ed. Temis; 2006; pág. 237.

⁷⁴ Cfr., Valencia Zea y Ortiz Monsalve, ob. cit.; págs. 239 y ss.

para la formación o la extinción de determinados hechos jurídicos válidamente constituidos, o **les quita eficacia jurídica a algunos de ellos** o la atribuye a los que carecían de ella (...).

b) Cuando la nueva ley desconoce derechos, estados o relaciones jurídicas válidamente formados bajo la ley antigua. También cuando reconoce derechos o relaciones jurídicas que no se realizaron durante su vigencia (...)⁷⁵.

Ahora bien; el artículo 58 constitucional garantiza los derechos adquiridos con sujeción al ordenamiento e impide al legislador desconocerlos, salvo por motivos de utilidad pública e interés social. Caso este que impone el restablecimiento del equilibrio que compense al titular del interés privado sacrificado. Disposiciones con arreglo a las cuales se entiende garantizado el principio de irretroactividad que protege las situaciones jurídicas consolidadas, esto es, tanto los derechos subjetivos, como los hechos y las relaciones jurídicas constituidos.

El artículo 17 de La Ley 153 de 1887, por su parte y en referencia al tema, en cuanto dispone que “[l]as meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene”, da lugar a distinguir la posibilidad de acceder a un derecho o de ejercer una facultad de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas concretas real y definitivamente consolidadas.

Asimismo, en la jurisprudencia constitucional es clara la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas i) pues mientras aquellos son intangibles, éstas, en cuanto probabilidades o esperanzas, admiten ser modificadas discrecionalmente por el legislador⁷⁶; ii) debido a que, en tanto la ley nueva puede regular las situaciones o hechos que no han acaecido, nada le compete al legislador respecto de situaciones jurídicas individuales incorporadas válida y definitivamente al patrimonio de los particulares⁷⁷; iii) en razón de que las meras expectativas y no los derechos adquiridos, pueden ser desconocidas por el legislador⁷⁸; iv) comoquiera que los derechos adquiridos presuponen la consolidación de las condiciones previamente establecidas para su adquisición, las expectativas denotan que dichos presupuestos aún no se cumplieron⁷⁹ y v) habida cuenta que los derechos adquiridos gozan de protección constitucional y no las meras expectativas, de manera que el legislador no puede desconocer las situaciones jurídicas consolidadas y sí las “probabilidades o esperanzas que alguna persona tenía de obtener algún día un derecho, si la normatividad modificada hubiera permanecido inalterada”.⁸⁰

Cabe colegir, por consiguiente, que la amplia potestad legislativa para modificar el ordenamiento y la autonomía e independencia del juez para interpretar los efectos de la nueva ley no van hasta desconocer que los presupuestos otrora requeridos para la realización o extinción de un derecho, sin perjuicio de su pérdida de vigor, efectivamente se cumplieron.

⁷⁵ Ob. Cit., págs. 231 y 232.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-168 de 1995, expediente No. D-686. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1997, expediente No. D-1351. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-926 de 2000, expediente No. D-2773. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-789 de 2002, expediente No. D-3958. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004, expediente No. D-4661. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En igual sentido, las sentencias C-177 de 2005, C-663 de 2007 y C-428 de 2009 desarrollan la diferencia conceptual que se plantea.

Y si bien en la decisión de unificación, la posición mayoritaria trajo abundante jurisprudencia conforme con la cual la protección de los derechos adquiridos implica el respeto de las situaciones jurídicas individuales, esto es de los derechos, los hechos y las relaciones jurídicas consolidadas, no reflejó esos criterios en el *decisum*, bajo el entendido errado de que el amparo de las situaciones jurídicas se limita al de los derechos subjetivos que han sido reconocidos por el juez.

En efecto, a la decisión de unificación se trajeron los siguientes criterios jurisprudenciales:

Por su parte, la Corporación se ha pronunciado en relación con ese tema y en una misma línea de pensamiento ha considerado:

*“(…) a pesar de las dificultades que caracterizan la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, existe claridad sobre el hecho de que ellos **sólo comprenden las situaciones jurídicas individuales consolidadas y no las que pueden calificarse como meras expectativas**, es decir, **aquellas situaciones que están apenas en tránsito de consolidarse**. A su vez, ello quiere decir que la protección de los derechos adquiridos consagrada en el artículo 58 de la Constitución actual y en el 30 de la anterior Carta Política, consistente en que ellos ‘no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores’, implica que las **leyes posteriores sí pueden regular para el futuro de manera diferente a como lo estaban en el régimen anterior, las expectativas que se encontraban en tránsito de consolidarse**”⁸¹. (Negritas y subrayas adicionales).*

La Sección Tercera, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo⁸²:

*“3. La participación legal judicialmente reconocida a la actora es un derecho o una expectativa?
Para la parte demandada, el derecho de la actora no ha nacido a la vida jurídica porque no se ha cumplido la condición impuesta por el juez, esto es, no se ha realizado la venta o remate de los bienes sobre cuyo producto líquido tiene derecho a una participación y, por lo tanto considera que sólo se está en presencia de una mera expectativa. Para la parte demandante, el derecho surgió con la providencia judicial y la omisión de la venta constituye una falla del servicio que origina responsabilidad del Estado, pues a su juicio existe norma expresa que determina el lapso durante el cual se debió realizar dicha enajenación y la entidad demandada ha superado con creces ese término.
Para resolver el problema planteado considera oportuno la Sala referirse a la distinción que la jurisprudencia y la doctrina han realizado entre derechos adquiridos y meras expectativas.
La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de diciembre de 1974 estableció en estos términos la distinción entre estos dos fenómenos jurídicos:*

⁸¹ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SENTENCIA PROFERIDA EL 3 DE JUNIO DE 1997, DENTRO DEL EXPEDIENTE AI – 004, M.P. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

⁸² Sentencia de 18 de febrero de 1999, expediente No. 10.775, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

‘La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa ... Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

(...)

Ajusta mejor con la técnica denominar 'situación jurídica concreta o subjetiva', al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y 'situación jurídica abstracta u objetiva', a la mera expectativa de derecho. **Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona**".

Según esta definición, el concepto 'derechos adquiridos' **se relaciona con la aplicación de la ley en el tiempo**, pues una norma no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones **consolidadas** bajo la vigencia de otra. En otros términos, los beneficios reconocidos en una ley o acto administrativo de carácter general serán derechos adquiridos para quienes cumplan durante la vigencia de la disposición con los supuestos de hecho exigidos en ellos y **serán meras expectativas cuando no alcanzaron a cumplirse dichos supuestos**, evento en el cual no se trata de derechos sino de 'esperanzas mas o menos fundadas que el legislador puede destruir a su voluntad'⁸³. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas por parte de la Sala Plena).

(...)

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha sostenido⁸⁴:

“Sobre este tema la jurisprudencia de esta Corte, como también la de la h. Corte Suprema de Justicia y del h. Consejo de Estado, han expresado:

El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano y ha sido desarrollado por una abundante jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, del H. Consejo de Estado y de esta misma Corte Constitucional.

Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron. En la doctrina y la jurisprudencia sobre esta materia jurídica se recurre a términos como los 'derechos adquiridos', de mucha raigambre clásica, pero que hoy son sustituidos por las expresiones 'situaciones jurídicas subjetivas o particulares', opuestas en esta concepción a las llamadas 'meras expectativas', **que apenas conforman una simple posibilidad de alcanzar un derecho, y que por tanto sí pueden ser reguladas o**

⁸³ LOUIS JOSSERAND. Derecho Civil. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1950. Tomo I. Vol. I págs. 77 y ss.

⁸⁴ Sentencia C-619 de junio 14 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

modificadas por la ley, según un principio generalmente aceptado en la doctrina universal ‘Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene’, dice el art. 17 de la ley 153 de 1887, precepto que además ha adquirido la fuerza expresiva de un aforismo. Vale la pena también anotar que en la C.P. sólo existe una excepción al principio de la irretroactividad en materia penal, por la prevalencia de la ley permisiva o favorable, según lo dispone el artículo 58 en concordancia con el 29 de la C.P.

En materia de irretroactividad es fundamental la definición del art. 58 de la C.P., cuando establece que la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles ‘no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores’.

“

Por su parte, la Corte Constitucional en reciente fallo expresó en relación con este tema lo siguiente:

La norma (art. 58 C.N.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas, estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca.

Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, **la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia**’ (sent. C-529/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)⁸⁵. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

Pese a la unidad de criterio de que dan cuenta los textos jurisprudenciales invocados, en el sentido de que conforme con el principio de irretroactividad, de que trata el artículo 58 constitucional, no es posible aplicar la nueva ley para desconocer las situaciones jurídicas individuales o consolidadas, incluidas las que tienen que ver con los hechos que le sirven de fuente del derecho, la posición mayoritaria desconoció las situaciones jurídicas consolidadas, consistentes en los hechos o actuaciones llevados a cabo desde la presentación de la demanda, fundada en que es la declaración del juez la que hace nacer el derecho al incentivo económico y no los hechos del actor popular. Desconociendo así que i) la sentencia tiene efectos meramente declarativos, ii) que el juez no puede negarse a declarar la situación consolidada a partir de los hechos generados por el actor popular y la intangibilidad del fallo objeto de revisión y iii) que, en virtud del principio de irretroactividad, la Ley 1425 de 2010 no puede desconocer los hechos pasados, esto es los realizados por el actor partiendo desde la presentación de la demanda.

3.2. Las expectativas legítimas

⁸⁵ Sentencia C-402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

Una protección adicional, aún más clara que la de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas o individuales, tiene que ver con el amparo de la “legítima expectativa”, en cuanto se refiere a circunstancias que no pueden equipararse en sentido estricto a los derechos adquiridos y la meras expectativas, pues denotan un conjunto de rasgos en presencia de los cuales, por motivos de razonabilidad, proporcionalidad, justicia y equidad, se impone a las autoridades en general y, especialmente a las judiciales, la necesidad de adoptar medidas de protección para evitar el impacto negativo que sobre las mismas puedan tener modificaciones legislativas posteriores.

Al margen de las discrepancias que puedan existir desde el punto de vista terminológico, lo cierto es que la “legítima expectativa” hace alusión a la esperanza, la confianza, en fin, a la seguridad que tiene una persona de materializar en un futuro muy próximo –casi actual-, un derecho o interés; certeza ésta que se ve reforzada al reunirse un conjunto de características que imponen la necesidad de proteger esta esperanza, confianza y seguridad de modo que se garantice una aplicación no retroactiva de la nueva ley, toda vez que, de no ser ello así, la protección del derecho adquirido se vuelve puramente retórica, en cuanto como decir que se protege lo que no se permitirá consolidar. Sobre este punto ha sostenido la Corte Constitucional que “*cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad*”⁸⁶.

Acerca de la diferencia entre los derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas y expectativas legítimas o expectativas de derecho, la Corte ha afirmado –se destaca-:

*Dicho principio está íntimamente ligado a **los derechos adquiridos, que son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley** y, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado. De ahí que sea válido afirmar que una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior.*

*Los derechos adquiridos se diferencian de **las meras expectativas, que son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse consolidado, puede ser regulado por el legislador según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad** que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones*⁸⁷.

Sobre este mismo tema ha sostenido la Corte Constitucional que la consolidación de un derecho, antes de que opere el tránsito legislativo, exige el cumplimiento de las condiciones indispensables para adquirirlo, pero ha sostenido igualmente que las expectativas pueden ser protegidas si el cambio legislativo genera “*situaciones desiguales o inequitativas*” o que resulten desmesuradas y desproporcionadas.

⁸⁶ Sentencia C-789 de 2002.

⁸⁷ Sentencia C-926 de 2000.

Esta circunstancia suele presentarse en mucho campos, pero han jugado un papel especialmente importante en materia laboral, particularmente en casos en que las personas próximas a pensionarse y que han cumplido con la mayoría de condiciones son sorprendidas con un cambio abrupto de legislación que modifica las condiciones previstas en la legislación anterior restringiéndoles de manera extrema o, incluso, impidiéndoles acceder a un derecho cuya titularidad estaban casi a punto de poder gozar. Así, en relación con la modificación del régimen pensional de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señaló la Corte Constitucional –se destaca-:

De las consideraciones transcritas se desprende, sin lugar a dudas, que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 i) constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo; ii) que este instrumento ampara a los trabajadores, hombres y mujeres, que al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, tuvieren más de cuarenta o treinta y cinco años respectivamente, y a quienes, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; y iii) que los amparados por este régimen si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.

De dichas consideraciones surge así mismo que no se vulnera el artículo 58 de la Constitución cuando una disposición legal permite que quienes no han adquirido el derecho a la pensión, pero se encontraren temporalmente dentro del régimen de transición, renuncien voluntariamente a él, como quiera el régimen de transición consagra únicamente la posibilidad de obtener la pensión para aquellas personas que cumplan con los requisitos establecidos por la misma norma (...) pero que no obstante quienes aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo, no pueden perder las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión; por ello la Corte Consideró que establecido el régimen de transición, el legislador no podría de manera heterónoma desconocer la expectativa legítima de quienes están incluidos en él⁸⁸.

En sentencia C-754 de 2004 reiteró la Corte Constitucional la jurisprudencia trascrita y destacó que *“una vez entrada en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo consolidan una situación concreta que no se les puede menoscabar”⁸⁹.*

La terminología utilizada para referirse a la *“legítima expectativa”* no es uniforme. Algunos desarrollos doctrinales hablan, por ejemplo, del *“principio de la*

⁸⁸ C-789 de 2002.

⁸⁹ Ibid.

condición más beneficiosa de regulación constitucional” y en otros sectores – especialmente en la justicia arbitral es común encontrar que este fenómeno se identifica con el *“principio del trato justo y equitativo”*.

Independientemente de las diferencias terminológicas, lo cierto es que el fenómeno al que se hace referencia tiene unos rasgos característicos que permiten identificarlo de manera clara. En primer lugar, una situación de sucesión legislativa, esto es, una norma es derogada por otra y al presentarse ciertas condiciones o presupuestos la anterior recobra vigencia para producir efecto sobre una situación concreta.

Si bien no se exige que el derecho o el interés en juego con el cambio legislativo hayan sido adquiridos –por eso mismo se habla de expectativa-, es indispensable que *–dadas las circunstancias que rodean el caso, las cuales pueden en efecto, diferir-,* se tenga la certeza o se cuente con la seguridad de que, al haberse cumplido ya un conjunto de condiciones de orden legal, la exigencia de proteger la expectativa de las consecuencias que eventualmente pueden derivarse de un cambio legislativo deviene en justificada por cuanto, de no darse tal protección, o bien se impondría una carga desproporcionada respecto de los titulares de la expectativa legítima se les confiera un trato no razonable, inequitativo e injusto.

En ese orden, en tanto el derecho adquirido tiene que ver con las situaciones jurídicas consolidadas, sea que se trate de derechos subjetivos, hechos o relaciones jurídicas y la mera expectativa se refiere a las situaciones abstractas dispuestas por la ley, la expectativa legítima protege a la persona a la que habiendo cumplido todos los requisitos para acceder al derecho se le frustró la adquisición por el solo hecho de la ley, esto es la situación que permite que efectivamente el sujeto llegue al derecho al margen de la transición legislativa.

Los incentivos económicos previstos en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 constituyen –bajo las premisas descritas en precedencia- expectativas legítimas que deben ser protegidas, desde el mismo momento en que se presenta la demanda de acción popular, hasta su consolidación cuando la sentencia acoge las pretensiones. De manera que si la sentencia logra proteger el derecho colectivo o prevenir que éste fuera desconocido, no quedaba sino reconocer el derecho a la prestación. En suma, iniciada la acción popular, los incentivos económicos previstos por la Ley 472 de 1998 –luego derogados por la Ley 1425 de 2010-, deben catalogarse de expectativas legítimas, susceptibles de ser protegidas –como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional reiteradamente-, y ello tanto por i) motivos materiales como por ii) razones de índole lógica y procesal.

Por razones materiales, pues si el legislador, sustentado en la conveniencia y en la oportunidad, quiso derogar los incentivos y la Corte Constitucional consideró que la derogatoria concordaba con los preceptos contemplados en la Carta Política, esto no puede hacerse equivalente a borrar de un tajo la actuación del actor popular y asimismo su carácter sustancial para el éxito de la protección de

los derechos colectivos. La mayoría de los casos en donde se procuró el amparo de estos derechos o se evitó que continuaran siendo desconocidos –por no decir la totalidad-, se debió a la existencia de los incentivos económicos en una lucha que podría, sin exageración, caracterizarse como la de David contra Goliat.

Al constituir el incentivo económico el principal estímulo para el actor popular, puesto que la propia ley vigente al momento de presentar la demanda tenía previsto su reconocimiento y esta situación no cambió durante todo el proceso, sino que fue modificada a posteriori por el legislador, la aplicación de la nueva ley que derogó el incentivo deja en el aire el reconocimiento a esa tarea la cual, pudo realizarse a favor de la comunidad gracias a la clara convicción que tenía el actor popular de que la legislación vigente le reconocería una compensación económica por los esfuerzos y el tiempo invertidos en el proceso de acción popular desde la demanda hasta la terminación del proceso.

La unificación jurisprudencial decidida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo pasa por alto que el incentivo, tal y como fue previsto por la Ley 472 de 1998, constituía un elemento fundamental y no meramente accesorio de estas acciones constitucionales. Quienes actuaron encontrándose vigente esta norma, obraron motivados por el incentivo. Tal circunstancia no hizo su tarea menos solidaria ni le restó altruismo a su trabajo. Los actores populares que con diligencia dedicaron su tiempo a exigir la protección de los derechos e intereses colectivos, encontraron en los incentivos un estímulo económico razonable para sus esfuerzos.

Es más, la existencia de los incentivos permitió que personas desposeídas de influencia política, económica o social pudieran convertirse en freno de prácticas abusivas y desconocedoras de los derechos constitucionales colectivos, esto, en consonancia con el postulado de participación democrática consignado, entre otros, en los artículos 1º y 2º de la Carta Política.

Sin embargo, a partir de las consideraciones de la posición mayoritaria se tiene la impresión de que el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo –a quien le corresponde, nada más y nada menos, que unificar la jurisprudencia en relación con los derechos colectivos cada vez más importantes-, no comulga con los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, lo que contrasta con los largos párrafos dedicados en la providencia a subrayar la necesidad de realizar justicia material y a obtener fallos más acordes con la realidad social.

Precisamente, uno de los fines de la inclusión de los incentivos en la Ley 472 de 1998 fue el de empoderar a la ciudadanía para que mediante su actuar diligente e interesado por promover y obtener la protección de los derechos colectivos resistiera poderes económicos, sociales o políticos, los cuales, de otra forma, sería poco plausible o imposible enfrentar. Así que, cualesquiera que hayan sido las razones del legislador para derogar los incentivos, esas motivaciones vistas a la luz de lo establecido en la Constitución Política de 1991 y más concretamente en relación con lo previsto en el artículo 13 superior no representan respaldo o

justificación suficiente que permita una aplicación retroactiva de la ley que derogó los incentivos.

Además de que resulta cuestionable, desde todo punto de vista, desconocer los derechos del actor popular, por el solo hecho de que la reiterada afectación de los intereses colectivos llevó al reconocimiento del incentivo en las condiciones que, aunque previstas por la ley, fueron consideradas superiores a los cálculos presupuestales de las entidades públicas responsables de las violaciones.

En esas condiciones, qué puede esperarse de una sociedad en la que razones de índole política y económica llevan a proteger el presupuesto de las entidades dañinas de los derechos colectivos por encima de la protección efectiva de los valores superiores, como los que tienen que ver con el incentivo a la defensa de la moralidad administrativa, el patrimonio público y los demás intereses colectivos.

En el caso de la derogatoria del incentivo relativa a los procesos que se iniciaron y terminaron encontrándose en vigencia la Ley 472 de 1998 o en relación con aquellos que se hallaban en curso cuando ocurrió el cambio legislativo, si se aplica la protección derivada de haberse configurado una expectativa legítima, en los términos en que este fenómeno ha sido descrito y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, resulta factible sostener que, desde el mismo momento en que el actor ejerce la acción popular hasta el instante en que se dicta la sentencia con la que se constata que, en efecto, existió amenaza o vulneración efectiva del derecho o interés colectivo, se presentan los supuestos previstos para reconocer el incentivo y es esa ley y no la nueva la que debe tener aplicación.

Dicho en otros términos, de no reconocerse el incentivo esgrimiendo como excusa la derogatoria de la norma que lo consagró, como lo hizo el criterio mayoritario de unificación, se desconoce tanto la expectativa legítima que comenzó a configurarse en el mismo momento en que el actor popular instauró la demanda de acción popular, como el reconocimiento del derecho que se consolidó con la sentencia de segunda instancia que en el *sub lite* resolvió acceder a la protección del derecho o interés colectivo.

Si al presentar la demanda estaba vigente la Ley 472 de 1998, ésa y no otra, es la ley que se debe aplicar. De no ser ello así, se impone al actor popular una solución inequitativa por cuanto pese a que fue con su concurso que se logró la protección del derecho o se evitó su vulneración, a este no se le reconoce ese esfuerzo, ni el tiempo invertido, decisivos para la obtención del fallo protector.

Lo anterior se refuerza aún más si se tiene en cuenta que el legislador no le imprimió carácter retroactivo a la nueva ley que derogó los incentivos, por lo que esta ley rige a partir de su promulgación. Cabe acá resaltar, que la Constitución de 1991 está cruzada por un hilo conductor que ata a la ciudadanía y a las autoridades públicas, sin excepción y debe aplicarse cada vez que se imparte justicia material. Entre las normas que integran ese hilo conductor se encuentran los valores, principios y derechos constitucionales fundamentales.

Particularmente los dos últimos incisos del artículo 13 superior adquieren para el tema una importancia significativa. Con arreglo a esas disposiciones:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

En un caso como el *sub judice* el señor Valencia Caicedo tenía derecho al reconocimiento del incentivo económico previsto en la ley vigente al momento ejercer la acción, por el hecho de haber prosperado el amparo solicitado para los derechos colectivos. Debe tenerse presente que la ley 472 de 1998, también fundada en motivos de utilidad pública, de manera clara y expresa le reconocía el derecho a recibir el incentivo y fundado en la legítima esperanza logró el fallo judicial y gracias a este pudo ampararse los derechos o interés colectivo y adoptar medidas en orden a su protección y hacer cesar los efectos de la vulneración.

Resulta importante que a partir de los cambios legislativos no se produzcan consecuencias arbitrarias, ni se imponga a las partes del proceso cargas desproporcionadas que terminen por recortar e incluso cercenar el derecho de acceso a la justicia y, en tal medida, acaben por desconocer el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso.

He de insistir una vez más en que las actuaciones procesales, desde el momento en que se presenta la demanda hasta el instante en que entra en vigencia una nueva ley que modifica las condiciones existentes, suelen realizarse sobre la certeza y la legítima confianza de estar adelantándose un proceso con características específicas –como puede ser la de percibir un incentivo económico dispuesto por la legislación al momento de instaurarse la demanda-, con mayor razón si la sentencia accede a las pretensiones. Sin que ejercer el recurso de apelación mude esa percepción.

En breve, el principio de aplicación inmediata obliga a que la nueva ley se aplique a las acciones que se inicien después de su vigencia, el principio de irretroactividad garantiza que las nuevas disposiciones no afectarán las actuaciones surtidas, en tanto que la expectativa legítima permite que a partir de los hechos pasados y los pendientes por gestionar bajo la ley anterior el actor popular llegue al derecho que esta ofreció.

No puede perderse de vista que la Ley 472 de 1998 rigió desde 1999 hasta el 29 de diciembre de 2010. Lapso en el que generó una confianza justificada entre quienes se propusieron defender los derechos colectivos, a saber, que contarían con un apoyo económico para compensar sus actuaciones orientadas a proteger los derechos e intereses colectivos. Si los actores populares presentaron su demanda bajo la vigencia de la Ley 472 de 1998 y la jurisdicción constata que, en efecto, tuvieron razón, debe reconocérseles el incentivo, por sencillos motivos de

seguridad, buena fe y equidad, con mayor razón si sacaron avante sus pretensiones durante la vigencia de la ley antigua.

4. La aplicación del principio de favorabilidad que rige en materia de sanciones no puede extenderse para negar el reconocimiento de los derechos

Finalmente, no puedo dejar de reiterar mi asombro por el carácter sancionatorio que la posición mayoritaria atribuyó con carácter unificador a la condena que obliga a pagar el incentivo, para adoptar una decisión más favorable al demandado sacrificando los intereses legítimos del actor popular, pues, además de que una argumentación en tal sentido raya en el oportunismo, se aparta sustancialmente de la naturaleza jurídica del incentivo.

Si, como lo admite la posición de mayoritaria en la decisión de unificación, en virtud de las disposiciones de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 se establecen las situaciones jurídicas de acreedor y deudor del incentivo entre el actor popular y la entidad demandada, es porque se trata, como en efecto lo es, de una obligación impuesta por la ley, con fines compensatorios y no sancionatorios. Y, aunado al hecho de que la sentencia que condena al pago del incentivo tiene efectos declarativos y no los constitutivos que caracterizan la imposición de la sanción, resulta incoherente, al menos, acudir a los principios que rigen en relación con estas últimas medidas.

A mi juicio, la argumentación en este sentido, lejos fundamentar la decisión de unificación jurisprudencial en la forma exigida por el ordenamiento, se orienta a favorecer injustificadamente al demandado en contra de los intereses legítimos del actor popular.

En las condiciones expuestas, concluyo que lo procedente en relación con el tema objeto de la unificación tenía que ver con el reconocimiento del incentivo económico a los actores que ejercieron la acción popular en vigencia de la Ley 472 de 1998, en cuanto en virtud del principio de irretroactividad no resulta posible que, en aplicación de la Ley 1425, se le desconozca que finalmente se accedió a las pretensiones.

Fecha ut supra.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

**CON ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO RAMIRO PAZOS
GUERRERO**

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS -

Aplican las reglas del derecho común

En el proveído del que aclaro se afirma que resulta del caso reiterar la orientación de esta Corporación, en el sentido de que el derecho privado, aplicable a la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios con naturaleza de entidades públicas, también prevé la realización de convocatorias con sujeción a los principios de transparencia, objetividad y eficiencia. Al efecto a pie de página (No. 48) se invoca un concepto rendido con ocasión de las restricciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005. A este respecto, estimo oportuno precisar que el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación (radicación número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727), 20 de febrero de 2006) citado en este fallo, alude a la ley de garantías electorales, por lo que sus reflexiones no pueden hacerse extensivas al giro normal de las actividades de los prestadores de servicios públicos domiciliarios y, en especial, a un asunto que no está rodeado de las particularidades propias de un proceso de elecciones presidenciales. Lo anterior, podría llegar a poner en tela de juicio la interpretación pacífica y armónica de la jurisprudencia en torno a la aplicación de lo prescrito por los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, en consonancia con el artículo 3 de la Ley 689, los artículos 8 y 76 de la Ley 142 y el artículo 55 de la Ley 1341. Normas todas que señalan que en el ámbito de los servicios públicos la regla general es la aplicación de las reglas del derecho común.

PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA - Aplican en la prestación de servicios públicos, cuando son compatibles con su naturaleza y régimen

Igualmente se dice en la sentencia que dada su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado, EMCALI E.I.C.E. E.S.P. pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector descentralizado, tal como está previsto en los artículos 1 y 38 de la Ley 489 de 1998 y, por tanto, en el desarrollo de las actividades comprendidas en su objeto social se sujeta a los principios de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, en cuanto compatibles con su naturaleza y régimen, al tenor de lo dispuesto en los artículos 209 constitucional, 2, 3 y 39 de la Ley 489 de 1998 (...) Como manda el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, estos principios deben ser tenidos en cuenta para evaluar el desempeño de la entidad y para juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, con el fin de garantizar que en todo momento prime el interés colectivo sobre el particular. En relación con esta afirmación, considero necesario aclarar que si bien el artículo 3 señala que los principios de la función administrativa, se aplicarán igualmente en la prestación de servicios públicos, ello sólo sucede en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. En efecto, extrapolar in integrum, los principios de la función administrativa al ámbito de la contratación en el ámbito de los servicios públicos, sin una debida justificación, no se acompasa con el régimen constitucional y legal aplicable al respecto. Este, además, será un punto que deberá definir en su momento esta Corporación, cuando haya oportunidad de pronunciarse sobre el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, norma no aplicable al sub examine.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 3

Aunque comparto la decisión que se adopta en la providencia de 2 de diciembre de 2013, en la que se ampararon los derechos colectivos de moralidad

administrativa y defensa del patrimonio público, vulnerados por Empresas Municipales de Cali– EMCALI E.IC.E y la Fundación Parque Tecnología del Software–PARQUESOFT, me permito aclarar voto en relación con algunos puntos de dicha sentencia.

1. En el proveído del que aclaro se afirma que *“resulta del caso reiterar la orientación de esta Corporación, en el sentido de que el derecho privado, aplicable a la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios con naturaleza de entidades públicas, también prevé la realización de convocatorias con sujeción a los principios de transparencia, objetividad y eficiencia”* (f. 29 del proveído). Al efecto a pie de página (n.º 48) se invoca un concepto rendido con ocasión de las restricciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

A este respecto, estimo oportuno precisar que el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación (radicación número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727), 20 de febrero de 2006) citado en este fallo, alude a la ley de garantías electorales, por lo que sus reflexiones no pueden hacerse extensivas al giro normal de las actividades de los prestadores de servicios públicos domiciliarios y, en especial, a un asunto que no está rodeado de las particularidades propias de un proceso de elecciones presidenciales.

Lo anterior, podría llegar a poner en tela de juicio la interpretación pacífica y armónica de la jurisprudencia en torno a la aplicación de lo prescrito por los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, en consonancia con el artículo 3º de la Ley 689, los artículos 8 y 76 de la Ley 142 y el artículo 55 de la Ley 1341. Normas todas que señalan que en el ámbito de los servicios públicos la regla general es la aplicación de las reglas del derecho común.

2. De otra parte, igualmente se dice en la sentencia que *“dada su naturaleza de*

Empresa Industrial y Comercial del Estado, EMCALI E.I.C.E. E.S.P. pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector descentralizado, tal como está previsto en los artículos 1º y 38 de la Ley 489 de 1998 y, por tanto, en el desarrollo de las actividades comprendidas en su objeto social se sujeta a los principios de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, en cuanto compatibles con su naturaleza y régimen, al tenor de lo dispuesto en los artículos 209 constitucional, 2º, 3º y 39 de la Ley 489 de 1998 (...). Como manda el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, estos principios deben ser tenidos en cuenta para evaluar el desempeño de la entidad y para juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, con el fin de garantizar que en todo momento prime el interés colectivo sobre el particular”.

En relación con esta afirmación, considero necesario aclarar que si bien el artículo 3º señala que los principios de la función administrativa, se aplicarán igualmente “*en la prestación de servicios públicos*”, ello sólo sucede “*en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen*”.

En efecto, extrapolar *in integrum*, los principios de la función administrativa al ámbito de la contratación en el ámbito de los servicios públicos, sin una debida justificación, no se acompasa con el régimen constitucional y legal aplicable al respecto. Este, además, será un punto que deberá definir en su momento esta Corporación, cuando haya oportunidad de pronunciarse sobre el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, norma no aplicable al *sub examine*.

En definitiva, considero que no era menester –para la solución del caso en

concreto- introducir en la parte considerativa estas remisiones que pueden poner en cuestión el régimen de contratación de derecho común, al que están sometidos los operadores de servicios públicos domiciliarios.

En cambio, se echa de menos un estudio sobre las implicaciones de orden jurídico –en particular en el ámbito de la contratación- que tiene el que el operador estuviese sometido a la más drástica de las modalidades de intervención estatal en este sector de la economía: la toma de posesión.

Un enfoque que hubiese tenido en cuenta esta particularísima situación, hubiera quizás evitado estas consideraciones que bien pueden ser interpretadas como un nuevo enfoque de la jurisprudencia en materia de contratación de las empresas de servicios públicos.

En este sentido dejo presentada esta aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

RAMIRO PAZOS GUERRERO