



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, once (11) de julio de de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 052

TEMAS: MORALIDAD ADMINISTRATIVA-
CONDUCTA MALICIOSA O ÁNIMO
TORCIERO Y DEFENSA DEL
PATRIMONIO PÚBLICO – DIFERENCIA
CON LA ILEGALIDAD

INSTANCIA: SEGUNDA

Cumplidas todas las etapas previstas en el proceso de Acción Popular, sin que se observen causales de nulidad, y cumplidos los presupuestos procesales de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL POPULAR, esta Sala de Decisión en segunda instancia, dictará la sentencia que en derecho corresponda para desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en contra de la sentencia dictada por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, del 26 de abril de 2013.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

FULGENCIO PÉREZ DÍAZ, actuando en nombre propio y en ejercicio de la



ACCIÓN POPULAR, instauró demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR – CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SUCRE – RAMA JUDICIAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIO DE SINCELEJO – CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE “COMFASUCRE” y WILLIAM RODOLFO MARTÍNEZ SANTAMARÍA, para que se resuelva sobre las siguientes:

1.1 PRETENSIONES:

Pretende el actor:

1.1.1. Que se declare y se haga cesar el peligro para evitar un daño contingente al Patrimonio Público y a la Moral Administrativa con ocasión de la amenaza que se cierne sobre los recursos del Estado por la contratación celebrada entre las accionadas y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE – COMFASUCRE, representada legalmente por su director administrativo WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA.

1.1.2. Que se declaren las medidas conducentes para prevenir el daño inminente proyectando la suspensión de transferencias de los contratos y convenios vigentes y por resolverse respecto de los programas sociales entre COMFASUCRE y las accionadas mientras permanezca WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA como representante legal de aquella.

1.1.3. Que se reconozca el incentivo del 15% a favor del accionante y a cargo de las accionadas como efecto de la presenta acción, conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998.



1.1.4. Que se condene a las accionadas a cancelar el valor de las costas, incluidas las agencias en derecho (Art. 38 de la Ley 472 de 1998).

1.2. FUNDAMENTO FÁCTICO:

En síntesis, los hechos relacionados por la parte accionante son:

WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA, quien ejerce actualmente como Director Administrativo y representante legal de COMFASUCRE, fue condenado por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo – Sala Penal de Decisión- a la pena principal de seis (6) meses de arresto, multa e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de un (1) año, como autor responsable del delito de PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE, delito este que afecta el patrimonio del Estado, y que fue cometido por MARTÍNEZ SANTAMARÍA mientras ejercía funciones públicas como Gerente de la Lotería La Sabanera, sentencia calendada 25 de noviembre de 2002, ejecutoriada el 17 de enero de 2003.

El inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, establece un impedimento dirigido a proteger o defender el patrimonio público cuando resalta que no se podrá celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado.

La Ley 789 de 2002 , establece rigurosamente las condiciones que deben tenerse en cuenta para acceder y conservar cada uno de los subsidios por ella reglamentados, pero guarda un silencio cómplice para quienes administran, fijan los montos, pagan, celebran contratos y convenios con esos recursos, lacerándose los linderos entre la normativa vigente para el manejo de los recursos del Estado y la persona que se premia por cometer indelicadezas sobre ellos, es decir, el Estado convive con el delincuente.



No es de recibo por los accionados que su conducta omisiva y activa, tenga respaldo legal, máxime a la existencia de controles para impedir la convivencia con personas condenadas por el manejo de recursos del Estado, pues ellos debieron recurrir al Estatuto Anticorrupción o al Decreto 2170 de 2002, para hacer cesar el peligro y la amenaza que se cierne sobre el erario.

La vinculación a esta acción del DEPARTAMENTO DE SUCRE, el MUNICIPIO DE SINCELEJO y el CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SUCRE-RAMA JUDICIAL, obedece a los contratos celebrados por estas entidades y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE, respecto al manejo del subsidio familiar y la administración del régimen subsidiado.

1.3. FUNDAMENTO JURÍDICO

Cita como sustento jurídico de sus pretensiones el artículo 88 de la Constitución Nacional; la Ley 472 de 1998; la Ley 100 de 1993; la Ley 195 de 1995; el Decreto 2170 de 2002; la Ley 21 de 1982; la Ley 789 de 2002; la Ley 920 de 2004 y como derechos colectivos vulnerados los consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, específicamente moralidad administrativa y el patrimonio público.

1.4. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LA ACCIÓN POR PARTE DE LOS DEMANDADOS:

1.4.1. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, se pronunció sobre la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por no concurrir fundamento fáctico y legal para disponer lo contrario, toda vez que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no ha causado perjuicio o amenaza de ninguna naturaleza por acción u omisión; como quiera que no le asiste competencia alguna sobre el asunto. Propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva.



1.4.2. WILLIAM RODOLFO MARTÍNEZ SANTAMARÍA, inició la contestación de la demanda haciendo un recuento de su labor como Gerente de la Lotería La Sabanera, para luego manifestar que el Tribunal Superior de Sincelejo lo condenó a seis meses de arresto y un año de interdicción para el ejercicio de funciones públicas. Ambas en suspenso a cambio de la prestación de una caución que garantizara la buena conducta.

En cuanto al aspecto legal del fundamento de la demanda, expresó que la sanción impuesta por el H. Tribunal Superior, fue muy concreta en cuanto a sus alcances, ya que la misma fue establecida en suspenso, o sea, no aplicable en la medida en que, como sancionado, mantuviera las condiciones de la diligencia de compromiso que para el efecto suscribió.

Asimismo, expuso que, mediante la actual demanda de acción popular pretende el accionante que el H. Tribunal desconozca el límite que en el tiempo dispuso el fallador al producir la sanción y por el contrario, desconociendo el poder redentor y socializador de la pena.

1.4.3. DEPARTAMENTO DE SUCRE, manifestó que las súplicas de la demanda deben ser denegadas, por cuanto el art. 122 de la C.P., no consagra una inhabilidad intemporal o permanente, sino limitado en el tiempo y a su vez el art. 28 de la misma norma *no existen penas y medidas de seguridad imprescriptibles*. Esto quiere decir que no hay condena permanente en nuestro ordenamiento jurídico.

1.4.4. MUNICIPIO DE SINCELEJO, en su contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando como defensa la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que la Administración Municipal de Sincelejo con su actuación no ha vulnerado el derecho colectivo alguno, menos el de la Moralidad Administrativa, porque es deber legal de los municipios afiliar a sus empleados al subsidio familiar y esto sucedió mucho tiempo antes de que WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA



asumiera la Dirección Administrativa de COMFASUCRE.

1.4.5. RAMA JUDICIAL, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que en el caso que nos ocupa, el Consejo Superior de la Judicatura, Rama Judicial, Dirección Seccional de Administración Judicial de Sucre, con su actuación no ha vulnerado derecho colectivo alguno, mucho menos el de la moral administrativa, simplemente cumplió con el deber legal de afiliar a sus empleados a una caja de compensación familiar, en este caso COMFASUCRE, tal cual lo establece la ley.

1.4.6. SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR. Contestó por fuera del término legal.

2. AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO.

Se llevó a cabo por el *A quo* el 12 de julio de 2011, declarándola fallida.

3. ETAPA PROBATORIA.

Seguidamente a la declaratoria de fallida de la audiencia de pacto de cumplimiento, se dictó auto de pruebas, en el que:

3.1. Se ordenó tener en cuenta los documentos aportados con la presentación de la demanda.

3.2. Se ofició al Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para que remitiera copia de los contratos y convenios vigentes y los que estén por suscribirse para la vigencia 2012, referentes al manejo del subsidio de vivienda y demás programas sociales celebrados con COMFASUCRE.

3.3. Se ofició a la Superintendencia de Subsidio Familiar, para que remitiera copia



de los documentos que amparan tanto la creación como la vigencia y representación de la Caja de Compensación Familiar de Sucre.

3.4. Se ofició a la Gobernación de Sucre, a la Alcaldía de Sincelejo y al Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre, para que remitiera al proceso copia de los contratos y convenios vigentes respecto del manejo tanto del subsidio familiar, como de los recursos del régimen subsidiado.

3.5. Se ofició al Tribunal Superior de Sincelejo, para que remitiera al proceso copia del expediente que contiene la sentencia condenatoria del señor William Martínez Santamaría.

3.6. Se ofició a la Superintendencia de Subsidio Familiar para que remitiera al proceso copia del oficio N° 10149 de diciembre 6 de 2002, firmado por la Jefe de División Legal y del Expediente N° 012 de 003.

3.7. Se ofició a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que enviaran con destino al proceso copia de los antecedentes disciplinarios ordinarios de William Martínez Santamaría.

3.8. Se ofició a la Caja de Compensación Familiar “COMFASUCRE”, para que certificara a partir de qué año se encuentran afiliados los empleados de la Alcaldía de Sincelejo al subsidio familiar en dicha entidad. Igualmente se requirió a la misma para que certificara la fecha desde la cual se encuentran afiliados los empleados de la Rama Judicial de Sucre, a esa entidad, y si este procedimiento se realizó a través de algún contrato o convenio.

3.9. Se ordenó tener en cuenta los documentos aportados con las diferentes contestaciones a la demanda.



4. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La sentencia de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, por una parte, en razón a que quien celebra los contratos mencionados en la demanda es COMFASUCRE, actuando a través de su representante legal, como persona jurídica o ente ficticio que es, por tanto, no es válido sostener que por el hecho de haber sido condenado su representante legal por la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado las entidades accionadas hayan inobservado, al contratar con COMFASUCRE, la prohibición contenida en el artículo 122 de la C.P., pues tales entidades no contrataron con WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA por interpuesta persona, sino que lo hicieron con COMFASUCRE, a través de su representante legal.

Por otro lado, consideró que no existe prueba de la irregularidad pretendida que vulnere los derechos colectivos invocados, ya que, de las probanzas recaudadas no se demuestra que el Director Administrativo de COMFASUCRE haya desviado el cumplimiento del interés general hacia el favorecimiento de su propio interés o de terceros, tampoco que haya excedido los límites del ministerio que se le confió.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte accionante apela el fallo de primera instancia, manifestando como motivos de inconformidad que está plenamente demostrado que el representante legal de COMFASUCRE, WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA –Director Administrativo–, está condenado por sentencia ejecutoriada al delito de peculado y que se ha combinado entre el representante legal y COMFASUCRE una simbiosis indisoluble que no puede apartarse su actividad delincuencia con la del ejercicio del objeto de la empresa que representa, pues no se deja de ser delincuente ni puede el juzgado darle esa prioridad por el hecho de estar actuando como representante legal de la empresa, ya que ello implicaría establecer una patente de curso encaminada a deslegitimar



un fallo de un Juez de la República que al proferir sentencia condenatoria por peculado esta pueda ser subsanada con un cargo en donde ejerza funciones administrativas y de manejo de recursos públicos.

Continuó su discurrir, exponiendo que la postura de la señora Jueza pareciera que va encaminada a rehabilitar al interdicto, pues no entendemos como teniendo certeza de que quien maneja los recursos de COMFASUCRE, estando condenado por peculado continúe teniendo bajo su dominio recursos del Estado administrándolos.

Finalizó expresando que todo acto que realiza el representante legal de COMFASUCRE en su carácter de Director Administrativo y frente a los recursos bajo su dominio, produce unos efectos iguales como si no lo hubiera contratado la misma empresa, es decir, no se pueden deslindar el objeto social de COMFASUCRE de la mano inescrupulosa de su director condenado por peculado.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

En esta etapa, únicamente el Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación emitió concepto, manifestando que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, dado que no se probó por el accionante que WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA estuviera poniendo en peligro el patrimonio público o que estuviera realizando actos contrarios a la moral administrativa, el supuesto de la demanda estuvo montado en un “peligro” que no fue demostrado, pues no bastaba que el mencionado señor fuera condenado penalmente para cobrarle una peligrosidad acabada por el mismo derecho penal, puesto que de él lo que se puede decir es que pagó su pena, y que acudiendo a la misma norma constitucional al redimir la pena se rehabilitó para estar en sociedad, y es esta quien le devuelve todos sus derechos, salvo como se dijo antes la inhabilidad clasificada permanente que es otra cosa, y ante la cual se tiene otras vías jurídicas



para hacerla valer.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Considerando lo expuesto por el recurrente, corresponde a esta Sala resolver el problema jurídico que se plantea de la siguiente manera:

¿Constituye una violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, el hecho que el representante legal de una CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR haya sido condenado por sentencia judicial ejecutoriada por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, y esta entidad contrate y administre recursos públicos?

8. ARGUMENTOS DE LA SALA:

Para definir el problema bajo estudio, la Sala estudiará los requisitos para la prosperidad de la acción popular; posteriormente se analizarán los derechos colectivos invocados y finalmente, el caso concreto.

8.1. ¿EXISTE VULNERACIÓN DE ALGÚN DERECHO COLECTIVO, POR LOS HECHOS OBJETO DE LA PRESENTE ACCIÓN?

La Ley 472 de 1998 en desarrollo del artículo 88 de la C.P. dispone en sus artículos 2, 4, 9, 12, 14 y 15 que 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; cuando lo anterior proviene de un acto, acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.



De acuerdo a la interpretación integral de las anteriores normas, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes:

- a) El ejercicio de la acción por cualquier persona.
- b) Un acto, acción u omisión de la parte demandada.
- c) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o interés colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana.
- d) La relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses.

Dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso, por el actor, en el que de conformidad con el artículo 30 de la Ley 472 de 1998 radica la carga probatoria.

Teniendo en cuenta que se surte la segunda instancia del presente proceso, y la competencia del *Ad quem* se encuentra determinada por el recurso, lo que se discute en el presente caso es esencialmente los requisitos consagrados en los literales b y c, es decir, hacia ellos dirigirá la Sala su atención.

8.1.2. ACCIÓN U OMISIÓN DE LA PARTE DEMANDADA: Se imputa a las entidades demandadas la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, contemplados en los literales b) y e) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, por su supuesto actuar omisivo o activo al seguir contratando y transfiriendo recursos a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE “COMFASUCRE”, cuyo representante fue condenado por la conducta punible de peculado por aplicación oficial diferente.

Pues bien, de las probanzas allegadas al plenario esta Corporación destaca las siguientes:



-A folio 26 del Cuaderno de Pruebas reposa constancia suscrita por el Jefe de la División Legal de la Superintendencia del Subsidio Familiar, sobre la existencia y representación legal de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE “COMFASUCRE”, en donde consta que el representante legal es WILLIAM RODOLFO MARTÍNEZ SANTAMARÍA, identificado con la C.C. 19.210.649, cargo que ostenta desde el 5 de noviembre de 2002.

-A folios 51-368 del Cuaderno de Pruebas se allegó el Expediente N° 012 de 2003, abierto por la Superintendencia del Subsidio Familiar. Dentro del mismo se destacan la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo del treinta (30) de noviembre del año dos mil uno (2001), y la sentencia proferida por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, calendada veinticinco (25) de noviembre de dos mil dos (2002), correspondientes al proceso penal iniciado en contra de WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA, el cual culminó con sentencia condenatoria por encontrársele responsable del delito de peculado por aplicación oficial diferente, ejecutoriada el 4 de diciembre 2002 (fol. 45).

-A folios 210-217 del Cuaderno Principal descansa en copia simple el auto de segunda instancia de fecha 16 de septiembre de 2008, proferido por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, por medio del cual se revocó la decisión de terminación del proceso disciplinario iniciado en contra de WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA y se ordenó remitir copia de tal decisión a la Superintendencia de Subsidio Familiar.

-A folios 221-228 del Cuaderno Principal obra en copia simple la sentencia adiada 29 de enero de 2009, emanada del Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, a través de la cual se decidió la acción de tutela interpuesta por el señor WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA contra la PROCURADURÍA PRIMERA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA, en la cual se dispuso dejar sin efectos procesales la determinación tomada en segunda instancia por



dicha dependencia, dentro del proceso disciplinario seguido al tutelante.

-A folios 237 a 238 se allegó el auto fechado 10 de febrero de 2009, emitido por la PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA, a través del cual se dio cumplimiento a la sentencia de tutela reseñada en precedencia, disponiendo dejar sin efectos la decisión del 16 de septiembre de 2008, mediante la cual se revocó la terminación del proceso disciplinario a favor del señor WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA.

-A folios 250 a 258 descansa copia simple de la sentencia de tutela proferida el día 27 de marzo de 2009 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre, en la cual se ordenó a la Superintendencia del Subsidio Familiar dar cumplimiento inmediato al auto de diciembre 14 de 2004, esto es, archivar la actuación iniciada por esa entidad tendiente a establecer si respecto del Director Administrativo de COMFASUCRE, WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA, pesaba alguna inhabilidad que afectara su vinculación a dicha caja.

-A folio 272 obra copia simple del Oficio SJ-RIPH 30839 calendado 24 de julio de 2009, a través del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, comunicó que se confirmó la sentencia de tutela proferida el día 27 de marzo de 2009 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre.

De conformidad con lo anterior, está demostrado dentro del cartulario que efectivamente WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA se le condenó penalmente por el delito de peculado por aplicación oficial diferente cuando este se desempeñaba como representante legal de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE “COMFASUCRE”.

Asimismo, se encuentra acreditado que como consecuencia de lo anterior, al



mentado señor se le inició un proceso disciplinario por parte de la Procuraduría Regional de Sucre, el cual finalizó con auto de archivo, al considerar que la condena por peculado no se erigía como una inhabilidad para ejercer el cargo de Director Administrativo de COMFASUCRE. Tal decisión quedó en firme, al haberse fallado a su favor una sentencia de tutela emanada del Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, que dejó sin efectos la decisión de segunda instancia proferida por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, por medio de la cual se había revocado la decisión de terminación del proceso disciplinario iniciado en contra de WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA.

Similar situación aconteció con las actuaciones adelantadas por parte de la Superintendencia de Subsidio Familiar –Expediente 012 del 2003- tendientes a determinar si la condena por peculado impuesta a MARTÍNEZ SANTAMARÍA, constituía una inhabilidad que diera lugar a retirar del cargo de Director Administrativo al reseñado empleado. Dicha actuación también culminó con auto de archivo, al considerar que tal situación constituía una inhabilidad para el momento de ser elegido y no para el ejercicio del cargo.

Así las cosas, pasa la Sala a analizar si la circunstancia de haberse condenado por peculado al Director Administrativo de COMFASUCRE, tiene la entidad de erigirse como una vulneración de los derechos colectivos pretendidos por la parte actora.

8.1.3. DAÑO CONTINGENTE, PELIGRO, AMENAZA, VULNERACIÓN O AMENAZA DE UN DERECHO O INTERÉS COLECTIVO: Habiendo quedado probada la conducta que se imputa como vulneradora de los derechos colectivos, es necesario que se estudie si la misma es suficiente para vulnerar alguno de los derechos e intereses colectivos invocados, para lo cual se pasará a analizar la aplicación de cada derecho al caso en concreto.



8.1.3.1. En referencia a la vulneración al Derecho Colectivo a la Moralidad

Administrativa: El derecho colectivo llamado MORALIDAD ADMINISTRATIVA posee la característica de ser un concepto jurídico indeterminado, es decir, una estructura creada por el constituyente y el legislador para que el intérprete le de el alcance y contenido específico al momento de aplicarlo al caso concreto. La jurisprudencia lo ha tratado de la siguiente forma:

“...La moralidad administrativa entendida como principio orientador del funcionamiento de la organización estatal y, la moralidad como principio orientador de la actividad administrativa implica el comportamiento del funcionario o particular que ejerce la función, de conformidad con una serie de parámetros o condiciones determinadas de virtud, honestidad, pulcritud, buena fe, y responsabilidad, que parten de la base del respeto por lo público y por la primacía del interés general. El derecho a la moralidad administrativa constituye, sin lugar a dudas, uno de los principales logros obtenidos a partir de la configuración política del Estado Social de Derecho. ... sin que existan ánimos o intereses subjetivos en el manejo de las funciones estatales, sino que, por el contrario, la ejecución de las actividades y tareas públicas se haga atendiendo al interés general, con plena honestidad y pulcritud. En ese contexto, la moralidad como derecho colectivo supone la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir ante la jurisdicción para hacer cesar el peligro o restituir las cosas al estado anterior. En ese contexto, debe puntualizarse que no todo comportamiento injusto o ilegal puede tacharse de inmoral, por cuanto, este último concepto supone, específicamente, una distorsión maliciosa en el comportamiento del funcionario o del particular que cumple funciones públicas; ánimo subjetivo torticero y malicioso que implica el desconocimiento de los postulados constitucionales y legales que informan el recto y adecuado ejercicio de las funciones estatales”¹. (Subrayado y negrillas de la Sala)

De la definición y alcance anteriormente transcrito, se extrae otro concepto como es el de la LEGALIDAD, que resulta ser de suma importancia aclarar y el cual no puede ser confundido con el derecho colectivo denominado a la Moralidad Administrativa, dado que este difiere del denominado Principio de Legalidad. Este último es entendido en términos generales como “*el sometimiento de todos los órganos y*

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Sentencia del 22 de abril de 2010. Radicación número: 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP). Actor: JENNY ALEXANDRA GUERRA VILLAREAL. Demandado: MUNICIPIO DE SAN FRANCISCO Y OTRO. Referencia: APELACIÓN SENTENCIA. ACCIÓN POPULAR.



sujetos de derecho público a la normatividad (sic) del Estado, la cual, a su vez, ostenta una estructura jerárquica cuyo estrato superior está representado por la Constitución, y en cuyo escalafón cualquier norma debe sujetar su contenido jurídico a todas las normas superiores”²

Igualmente, la doctrina nos ilustra frente al alcance del derecho a la Moralidad Administrativa, en el siguiente sentido:

“... Por lo tanto, es inmoral la conducta que “... no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que las ejecuta”.

A partir de esta definición, configura una vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa toda acción u omisión de los servidores públicos contraria al ordenamiento jurídico, pero en la que, además, se advierta un interés contrario al interés general, al bien común y a los fines del Estado social de derecho.

*Por lo anterior, el Consejo de Estado ha reiterado que si bien toda violación a la moralidad administrativa, implica la transgresión a una norma jurídica, **no toda ilegalidad atenta contra ese derecho.** Adicional a ello, deberá probarse que la actuación obedece a finalidades de carácter particular el fin de favorecer intereses propios o de terceros.”³ (Subrayado y negrillas de la Sala)*

Tanto de lo argumentado anteriormente, como del *petitum* del libelo introductorio y de los demás elementos probatorios, se puede adelantar el análisis jurídico para concluir que en el presente caso se ha confundido el derecho colectivo denominado a la Moralidad Administrativa con el Principio de Legalidad, siendo preciso reiterar que el concepto de Moralidad Administrativa no es equivalente a decir Legalidad, como tampoco lo es decir Inmoralidad Administrativa equivalente a decir Irregularidad – Ilegalidad. Irregularidad que es posible advertir, en lo atinente a la inhabilidad sobreviniente que se causó en la persona de WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA al ser sancionado penalmente por peculado, lo que generó la configuración de la situación jurídica consagrada en el inciso 4º del artículo 122 de

² POLO FIGUEROA, Juan Alberto. Elementos de Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Universidad Sergio Arboleda, 2001. p. 12.

³ ORTÍZ SERRANO, Adriana Catalina. Particulares vincularos por la fuerza normativa de la moralidad administrativa. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 29 y 30.



nuestra carta magna, y en forma específica una inhabilidad para ejercer el cargo al que fue elegido, consagrada en el artículo 3 literal b del Decreto 2463 de 19814, cuestiones todas que ocurrieron con anterioridad a la elección del mencionado cargo, al igual que la afiliación a la Caja por parte del Municipio de Sincelejo y la Rama Judicial.

En resumen, la moralidad administrativa es un concepto subjetivo, es decir, debe estar probado el aspecto volitivo, esto es en otras palabras, que se vea reflejado en una conducta maliciosa o ánimo torciere, mientras que el Principio de Legalidad Administrativa tiene que ver con las formas que consagra la Ley para que existan y se ejecuten los actos de la administración, en este sentido, en determinado caso puede llegarse a hablar de la legalidad de una norma y no de su moralidad, ello en razón a que su fin interno puede ser distinto a la expectativa moral del conglomerado social.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2010⁵, fue más allá del concepto y el alcance de la moralidad administrativa, determinando cuando existe amenaza o vulneración de este derecho colectivo, señalando varios supuestos, a saber:

“La moralidad administrativa es un derecho colectivo que ha sido traído a colación en este proceso por parte del Ministerio Público. Al respecto, la Sección Tercera en múltiples pronunciamientos ha intentado darle concepto, contenido y alcance, para lo cual se ha dicho que existe amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, entre otros, en los siguientes supuestos: cuando la transgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter particular⁶ – noción que la aproxima a la desviación de

⁴ Resulta ser esta una norma especial que consagra la inhabilidad para ser elegido Director Administrativo de una Caja de Compensación Familiar, la nos enseña: “ARTICULO 3o. No podrán ser elegidos miembros de los consejos o juntas directivas, ni directores administrativos o gerentes, quienes:

...

b) *Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, excepto los culposos;*

...”

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicación número: 68001-23-15-000-2003-01472 01(AP). Actor: ALFONSO LÓPEZ LEÓN Y OTRO. Demandado: MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación N° 2500023240002003 (AP-2305) 01. Actor: William Reini Farias Pedraza.



poder⁷; cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas⁸; cuando se desconocen los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación⁹ – concepción que reconoce la importancia axiológica y principilística del ordenamiento, en un contexto eminentemente jurídico que, por tanto, no coincide con el mero desconocimiento de los parámetros éticos y morales aceptados por los asociados¹⁰; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento¹¹. También ha dicho la Sala que los intentos de definir la moralidad administrativa no la limitan sino que simplemente la explican, en vista de que en relación con este tipo de conceptos es el caso concreto el que brinda el espacio para que la norma se aplique y para que se proteja el correspondiente derecho colectivo”¹²

En observancia a los contenidos jurisprudenciales anteriores, se tiene entonces que le correspondía a la parte actora no solo señalar y demostrar la irregularidad advertida desde el punto de vista objetivo como efectivamente ocurrió, sino que tenía también la carga procesal de demostrar de manera directa, “*la desviación de poder*”, o “*la mala fe*”, o “*la conducta maliciosa o animo torciero*”, en este caso, tanto por

Demandado: DIAN. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación N° 0800123310002002 (AP-2214) 01. Actor: Jairo Torres Moreno y otros. Demandado: Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla. C.P.: Dra. Ruth Stella Correa.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación N° 5200123310002000105901 (AP-518). Actor: Jesús Orlando Mejía Yepes. Demandado: Empresa de Licores de Nariño y otros. C.P. Ricardo Hoyos Duque

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación: 190012331000200301594 01, Referencia: Acción popular, Actor: Gerardo Aníbal Paz Gómez y otros, Demandado: Municipio de Popayán y otros, C. P. Germán Rodríguez Villamizar

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 2 de junio de 2005, radicación N° 2500023270002003 (AP-00720) 02. Actor: Fundación Un sueño por Colombia. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones. C.P. Dra. Ruth Stella Correa. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación N° 7600123310002004 (AP-01645) 01. Actor: Andrés Alberto Gómez Orozco. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación N° 4100123310002004 (AP-00690) 01. Actor: María Nubia Zamora. Demandado: Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”. C. P. Enrique Gil Botero.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintidós (22) de agosto de dos mil siete (2007, Actor: Linnette Andrea Gutiérrez y Otro, Demandada: Municipio de Bucaramanga Radicación: 68001231500020030022801, C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente: AP 2002-2943, Actor: Alejandro Ramírez Brandt, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. “*Es claro que tratándose de conceptos generales y abstractos que acusan la falta de concreción (como buena fe, equidad, corrección, etc.) las nociones que acompañan su aplicación han de estar referidas al caso concreto que motiva su invocación. Por ello, para la Sala, las situaciones particulares en las cuales se analiza si existió o no vulneración o amenaza de la moralidad administrativa serán las que den lugar a la utilización de uno u otro concepto*”



parte de las personas jurídicas accionadas como por parte de WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA.

En efecto, debía acreditarse fehacientemente que con su actuar omisivo o activo hubiesen obtenido beneficio para sus intereses o los de una persona en particular, en contravía de los fines del Estado y el interés general perseguido por las normas objetivamente vulneradas.

Como se puede observar del amplio acervo probatorio existente, solo se cuenta con los documentos que materializan el proceso penal –culminado con sentencia condenatoria-; el proceso disciplinario iniciado por la Procuraduría General de la Nación –finalizado con auto de archivo- y el proceso administrativo de la Superintendencia del Subsidio Familiar –finalizado igualmente con archivo de las diligencias-, los cuales se surtieron en contra del Director Administrativo de COMFASUCRE, WILLIAM MARTÍNEZ SANTAMARÍA; elementos fácticos de los cuales no se puede inferir la existencia de un interés particular o de un ánimo torciero o conducta maliciosa, por parte del mentado demandado o las entidades que han contratado con la mencionada Caja de Compensación, cuando es claro que la contratación celebrada y la afiliación al sistema de seguridad social de los empleados se realiza en la mencionada entidad de seguridad social como persona jurídica distinta a las personas naturales que la representan o materializan su actuar, sin que se pueda deducir de las probanzas que ella esté incurriendo en conductas contrarias a la moralidad administrativo o al patrimonio público sobre los fondos públicos que administra, como son los recaudos de nómina, pago de subsidios y otros programas que por ley o convenio con las entidades demandadas desarrolla, y por el solo hecho de la condena penal de su Director, no se puede desprender lo pretendido por el actor.

Aunado a lo dicho, cabe señalar que del mero hecho que la Rama Judicial y el Municipio de Sincelejo tengan afiliados a sus empleados¹³ a la CAJA DE

¹³ Da cuenta de ello las certificaciones suscritas por el Jefe del Departamento de Aportes y Subsidio



COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE “COMFASUCRE”, bajo ningún punto de vista constituye vulneración de los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y al Patrimonio Público; por el contrario tal actuación es un imperativo legal de las reseñadas entidades, de conformidad con el artículo 7° de la Ley 21 de 1982.

Por lo anterior, para la Sala, las irregularidades puestas en evidencia por el accionante, si bien podría ser estudiadas por la jurisdicción competente a través de las acciones que pretenden la protección de orden de legalidad en abstracto o en concreto, no son del resorte del juez de la acción popular cuando no vienen acompañadas de las pruebas de la vulneración del correspondiente derecho colectivo a la moralidad administrativa.

8.1.3.2. En referencia a la vulneración al Derecho Colectivo a la Defensa del Patrimonio Público: Al respecto el Consejo de Estado ha tratado el tema de la vulneración al derecho a la Defensa de Patrimonio Público, en este sentido:

“... 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...”¹⁴

“Por ello, se concluye que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa. De acuerdo con el alcance que la jurisprudencia le ha dado al derecho colectivo al patrimonio público, cuya vulneración ha vinculado a la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos, no se encuentra en este caso que las conductas omisivas (...) hayan vulnerado o amenacen vulnerar el patrimonio público, como quiera que no se evidencia la existencia de detrimento al patrimonio estatal, ni la amenaza de que pueda presentarse tal detrimento. El concepto de patrimonio público es un concepto genérico que involucra todos los bienes del Estado, y que comprende en ellos los de todas sus entidades, a nivel central, o descentralizado territorialmente o por servicios. Habrá detrimento de ese patrimonio, cuando se produzca su mengua en él como

Familiar (E) de COMFASUCRE, obrantes a folios 31 y 32 del Cuaderno de Pruebas.

¹⁴ Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01.



consecuencia de una actividad no autorizada en la norma, pero no se presenta el detrimento, cuando una entidad estatal deja de hacer a otra de la misma naturaleza, una transferencia de sus recursos en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, porque en ese caso, no habrá habido mengua en el patrimonio estatal.” La actora tampoco allega pruebas o menciona siquiera si existen razones para considerar que las actuaciones adelantadas por las demandadas atentan contra el patrimonio público, como tampoco lo hace sobre el derecho a la moralidad administrativa, razón por la cual no puede entenderse como vulnerado el derecho colectivo...”¹⁵

De conformidad a lo debatido en este proveído, en los eventos donde se discute la vulneración al derecho a la defensa del patrimonio público, no solo basta con demostrarse la ilegalidad sino que al mismo tiempo, se encuentren presentes elementos de juicio que permitan concluir que esa ilegalidad ha producido un desmedro patrimonial de manera inmoral o deshonesta, de forma que afecte gravemente los intereses económicos y sociales del Estado.

Conforme a lo anterior, no encuentra la Sala evidencia alguna de la que pueda inferir que la irregularidad detectada por el actor, en cuanto a la inhabilidad consagrada en el inciso 4º del artículo 122 de la C.P., haya tenido una consecuencia económica negativa para la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE “COMFASUCRE” o para las demás entidades accionadas, por lo que igualmente no se ha demostrado la vulneración de este derecho colectivo por las conductas aquí imputadas a los demandados, dado que no se está juzgando en este caso una responsabilidad objetiva.

Para concluir el análisis realizado en el presente acápite, la Sala tiene en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, en principio, “la carga de la prueba corresponderá al demandante”, es decir, que es deber del actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o vulneración de los derechos de intereses colectivos cuya

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00768-01(AP) Actor: LUIS CARLOS MONTOYA GONZÁLEZ. Demandado: ALCALDIA LOCAL DE SAN CRISTOBAL DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ D.C. Y OTROS.



protección reclama con la demanda. En el presente asunto, revisada la actuación, ciertamente se advierte que la parte demandante no aportó ningún elemento probatorio para demostrar idónea y válidamente el supuesto del cual pretendía derivar la consecuencia jurídica de la vulneración a los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, en particular a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, y tampoco manifestó ni acreditó la imposibilidad de allegar las pruebas respectivas, por lo cual mal podía declararse probada la infracción a uno de tales derechos¹⁶, siendo la irregularidad objetivamente demostrada insuficiente para entender vulnerados los derechos en estudio.

9. CONCLUSIÓN:

A guisa de conclusión, la Sala considera que consecuente con lo expuesto, y al no

¹⁶ Sobre la carga de la prueba en acciones populares, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, ha dicho:

“...En efecto, es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

Sobre la carga de la prueba en acciones populares, esta Corporación ha señalado que:

“...la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba.

“Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida por el tribunal de instancia.”¹⁶ (resalta la Sala).

Entonces, para que la acción popular proceda se requiere que: - de los hechos de la demanda se pueda al menos deducir una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra la persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo y, - por tanto este último requisito supone que la actuación (acción u omisión) sea probada por el actor, o que del expediente el juez la pueda deducir, de lo contrario, el juzgador no podrá ordenar nada en su sentencia.

Por tanto, la carga de la prueba impone al actor popular el deber de precisar y probar los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda. ...” CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Primera. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA. Sentencia del 18 de abril del 2007. Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00425-01(AP).



haberse probado en este caso la degradación de los valores que soportan la función administrativa, ya que se ha sostenido jurisprudencialmente que el tema de la moralidad administrativa implícitamente hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente con la degradación¹⁷, no resultará la acción constitucional, por cuanto, la misma es procedente únicamente cuando se atenta, amenazan o vulneran los valores o principios que fundamentan la función administrativa siendo este el mecanismo que ha proveído la Constitución Política para erradicar las conductas corruptas que se presentan en las actuaciones administrativas a través de quienes gobiernan¹⁸, sin que lo aquí decidido sea óbice para que se debata la legalidad de las actuaciones aquí juzgadas, a través de los medios procesales idóneos para ello, razones suficientes para la Corporación confirmar la providencia apelada.

10. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS

No habrá condena en costas en esta instancia, porque no se evidencia temeridad, mala fe o conductas dilatorias de la actora apelante, ya que esta se limitó al ejercicio del derecho de acción y de contradicción o defensa, teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 38 de la Ley 472 de 1998.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente doctor ALIER HERNÁNDEZ ENRIQUEZ. Sent. AP-170 del 16 de febrero de 2001.

¹⁸ *Ibidem*.



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, del 26 de abril de 2013.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia según lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 073.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ