Sentencia SU881/05

ACCION POPULAR-Incurrió en defecto de carácter sustantivo

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas de procedibilidad

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO-Criterios

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO-Prohibición general de aplicación retroactiva

La prohibición general de la aplicación retroactiva de una norma puede verse relacionada con el desconocimiento de la ultractividad expresamente señalada en la ley. En efecto, en caso de que, con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, según el plazo señalado por el legislador, se juzguen hechos sucedidos antes de tal entrada en vigencia, se estará dando aplicación retroactiva a la norma que estando vigente al momento del juicio no lo estuvo en el tiempo de la realización de los hechos juzgados. En este caso, dos faltas se conjugan en el juez que aplique de tal manera la norma: la aplicación retroactiva de una norma –no siendo ésta la regla general- y el desconocimiento de la ultractividad expresamente señalada.

LEY PROCESAL-No puede desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas antes

La ley procesal nueva no puede desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de disposiciones materiales previas, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales. En el mismo orden de cosas, las disposiciones materiales o sustanciales nuevas contenidas en la ley procesal tampoco pueden aplicarse para juzgar actos que hayan acaecido previamente a su entrada en vigencia.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA PASIVA

En caso de que una norma sustantiva establezca una responsabilidad solidaria, esta disposición no podrá ser aplicada a supuestos de hecho previos a su vigencia, incluso si algunas de las consecuencias derivadas de estos supuestos se materializan con posterioridad a la entrada en vigencia. De lo contrario, se estaría aplicando retroactivamente la nueva ley.

VIA DE HECHO-Defecto sustantivo

En la Sentencia del Consejo de Estado cuestionada en la presente providencia se incurrió en una vía de hecho de carácter sustantivo, por la naturaleza de la norma que fue aplicada a pesar de ser manifiestamente inaplicable, teniendo en cuenta los criterios de aplicación de la ley en el tiempo, lo cual implica, a su vez, el desconocimiento del principio de legalidad.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Aplicación del inciso segundo del artículo 40 de la ley 472/98/DEBIDO PROCESO-Vulneración por aplicación de norma para determinar responsabilidad solidaria

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El fallo del Consejo de Estado fue posterior a la Sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 88. En este orden de ideas, la falta del Consejo de Estado se agravó, pues desconoció la vigencia de la Ley 472 en fecha posterior, vigencia que había sido avalada por la Corte Constitucional. Es de precisar que cuando el artículo 29 constitucional señala que nadie podrá ser juzgado sino de conformidad a leyes preexistentes, tal preexistencia hace referencia a leyes vigentes preexistentes. Si una ley ha sido aprobada pero aún no ha entrado en vigencia no puede entenderse que la ley sea preexistente al hecho ocurrido entre la aprobación y la entrada en vigencia. Sólo se podría haber aplicado retroactivamente el artículo 40 si existiera una norma previa que estableciera la responsabilidad solidaria del representante legal y la disposición del artículo 40 fuera más favorable. Sin embargo, como se analizó, no existía norma previa que fijara tal responsabilidad en la forma que exige el principio de legalidad, motivo por el cual se debe conservar incólume la irretroactividad. En lo relativo a la naturaleza de las sentencias, teniendo en cuenta que éstas se dividen en declarativas –que tienen por objeto la declaración de existencia o inexistencia de un derecho-, de condena –que tiende a que se le imponga al demandado el cumplimiento de una prestación- y constitutiva –que crea modifica o extingue un estado jurídico-, la Sentencia del Consejo de Estado que atribuyó responsabilidad solidaria a Mauricio Cárdenas estaría clasificada como una sentencia de condena y, en este orden de cosas debía estar fundada en una norma sustancial previamente existente. Por ende, el Consejo de Estado incurrió en vía de hecho lo que conlleva que la tutela prospere y, en consecuencia, se deje sin efectos, exclusivamente, el numeral sexto de la parte resolutiva de la Sentencia del 31 de mayo de 2002.

DEBIDO PROCESO-Vulneración por cuanto decisión judicial impugnada se funda en norma inaplicable al caso

Referencia: expediente T-864943

Peticionario: Mauricio Cárdenas Santamaría

Accionado: Consejo de Estado, Sección Cuarta

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil cinco (2005)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández – quien la preside -, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Uprimny Yepes y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Quinta, el 4 de septiembre de 2003, y el Consejo de Estado, Sección Primera, el 30 de enero de 2004

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1. Actuando a través de apoderado, el señor Mauricio Cárdenas Santamaría manifiesta que se incurrió en una vía de hecho en la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, AP-300, del 31 del mayo de 2002 -proferida dentro de la acción popular promovida por la Contraloría General de la República y el ciudadano Jaime Botero Correa contra la Nación, Ministerio de Transporte, y la Sociedad de Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. Dragacol, en la cual se encontraron violados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público en virtud de la conciliación realizada el 6 de noviembre de 1998 por el Ministerio de Transporte y Dragacol-.

2. Indica que la presunta vulneración del debido proceso radica en el numeral 6 de la parte resolutiva de la sentencia mencionada que dispuso: “declárase responsable solidario con la sociedad DRAGACOL S.A. al Ex ministro de Transporte Mauricio Cárdenas Santamaría, de conformidad con el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, por el valor no recuperado de lo pagado en exceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. El monto de los embargos certificados por cada entidad financiera deberá ser depositado a órdenes del Ministerio de Transporte”

3. Según el accionante, al declarársele responsable solidario del daño causado al Ministerio de Transporte, el Consejo de Estado ignoró el hecho de que en las investigaciones llevadas a cabo en virtud de la lesión causada por la conciliación celebrada entre Dragacol y el Ministerio siempre se reconoció la buena fe en la actuación que había tenido como Ministro de Transporte de la época de los hechos cuestionados, así como la ausencia de culpa grave o dolo.

4. Como ejemplo de las investigaciones en las cuales fue absuelto, señala la providencia del 29 de junio de 2001, de la Fiscalía General de la Nación, en la cual se determinó que no era responsable de las irregularidades denunciadas, y el auto de cierre de investigación y orden de captura del juicio fiscal No 0026-99 del 13 de enero de 2000, en el cual la Contraloría General de la República lo desvinculó de la investigación fiscal al establecer que “su

actuación no fue negligente, omisiva o culposa”. Indica que tales pruebas estaban dentro del expediente y no fueron valoradas.

5. Afirma que “la responsabilidad de que trata el artículo 40, inciso 2º, de la Ley 472, no es ni puede ser una modalidad de responsabilidad objetiva, aplicable por el solo hecho de que el funcionario implicado represente al ente público responsable. Y no lo es, porque la misma Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del aludido inciso la vinculó a los artículos 6, 90 y 83 de la Constitución, en términos inequívocos.”

6. Además de la pretermisión de la correcta valoración de la pruebas relativas al actuar acorde a la buena fe de él como Ministro de Transporte -lo que según su criterio configura una vía de hecho de carácter fáctico-, afirma que se presentó una ostensible violación del debido proceso por las siguientes causas:

a. La responsabilidad solidaria establecida en el artículo 40, inciso 2º, de la Ley 472 de 1998 se aplicó retroactivamente en la sentencia impugnada. Según el demandante, el Consejo de Estado debió haber observado que si bien la Ley 472 se promulgó el 5 de agosto de 1998, por disposición de la misma norma entró a regir el 5 de agosto de 1999, es decir, después de la fecha en la cual se produjo la conciliación, a saber, 6 de noviembre de 1998.

b. La liquidación de perjuicios se hizo en concreto, a pesar de que según el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 ésta debía ser in genere y sólo podía hacerse a través del incidente previsto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

c. Las irregularidades cuestionadas dentro de la acción popular no provinieron de la contratación de Dragacol con el Ministerio, según lo dispone el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, sino de una conciliación judicial entre estas entidades. En términos del demandante, la conciliación fue judicial en la medida en que se promovió después de la presentación de la demanda arbitral por parte de Dragacol, de la cual se desistió después de estar firmada la conciliación. Además, la conciliación fue suscrita con posterioridad al desarrollo del contrato entre las entidades.

d. Su responsabilidad solidaria como ex-Ministro sólo podía deducirse a través de acción de repetición y no de la acción popular. Según el peticionario, para aplicar el inciso 2º del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, se debió haber promovido autónomamente la acción de

repetición, consagrada en la Ley 678 de 2001. Al no hacerse tal cosa, se presentó indebida acumulación de pretensiones. Tal acción de repetición se debió haber promovido, en particular, puesto que el daño provino de una conciliación y en este procedimiento se debió haber demostrado dolo o culpa grave para determinar la responsabilidad.

e. El Consejo de Estado, frente al vacío de contenido del derecho colectivo a la moralidad administrativa, no podía entrar a determinar cuál era el alcance de este derecho. Esto, en criterio del actor, desconoce el principio de legalidad. En su parecer, se necesita de una ley que aclare el alcance de la conducta prohibida.

1. A la vulneración del debido proceso, según el accionante, se suma la vulneración a su buen nombre que le ha causado la sentencia presuntamente contraria al debido proceso. En juicio del actor, debido a la sentencia, su imagen ante la opinión pública quedó como la de un funcionario trasgresor de la moralidad administrativa, responsable de los sobrecostos generados al Ministerio.

2. Por tal motivo, solicita se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre y, en consecuencia, se deje sin efectos la decisión adoptada por la sección cuarta en el numeral 6º de la parte resolutiva de la Sentencia del 31 de mayo de 2002.

Intervenciones de la entidad accionada y los terceros interesados

Consejo de Estado, Sección Cuarta

La Magistrada Ligia López Díaz, Presidenta de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, se opuso a las pretensiones de la tutela. Esgrime la Magistrada que en el proceso sí quedó demostrada la responsabilidad del ex -Ministro en la conciliación del Ministerio de Transporte y Dragacol.

Agrega que el Estado está legitimado para reclamar de sus servidores responsabilidad por sus omisiones o comportamientos antijurídicos al estar demostrado que éstos vulneran derechos colectivos. Esta responsabilidad es independiente de aquellas de tipo penal, fiscal o disciplinario.

El objetivo de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 40 de la Ley 472 y de la acción popular es, en ocasiones, restituir las cosas a su estado anterior cuando con posterioridad a la vulneración del derecho colectivo esto fuera posible. No se trata de imponer una sanción como sí se da en las acciones penales y disciplinarias.

Señala que no se puede aducir que se aplicó una norma retroactivamente, puesto que la protección de los derechos colectivos se había establecido desde la Constitución del 91 y el juez tiene la posibilidad de tomar las medidas para impedir que éstos se vulneren o para resarcir los daños.

Añade que el derecho de defensa del peticionario fue plenamente respetado, en la medida en que fue vinculado oportunamente y no se obstaculizó su intervención procesal. En las oportunidades procesales pertinentes, el ex -Ministro solicitó no ser declarado responsable solidario, pero no invocó las razones ahora presentadas en tutela. En particular, no alegó lo relativo a la aplicación retroactiva del artículo 40.

Al no haberse desconocido el debido proceso, no se puede alegar violación al buen nombre, puesto que si éste se afectó fue debido a su comportamiento, juzgado en una sentencia proferida de acuerdo a derecho.

Contraloría General de la República

El apoderado de la Contraloría solicita sea denegada la tutela, por considerar que no se observa ninguna conducta arbitraria por parte del Consejo de Estado. Aduce que la responsabilidad endilgada al ex-Ministro no se puede discutir en una acción tan breve como la tutela, la cual, además, no es un espacio para reabrir un debate ya clausurado procesalmente.

Una vez seleccionado para revisión el expediente de la referencia, la Contraloría, como sujeto tercero interesado en el proceso, allegó copia del fallo de responsabilidad fiscal mediante el cual se decidió de manera definitiva el proceso fiscal seguido en el caso de la conciliación entre Dragacol y el Ministerio de Transporte.

Del fallo allegado vale la pena resaltar el hecho de que frente al argumento de vulneración del principio del non bis in idem al fallar un proceso de responsabilidad fiscal con posterioridad a la existencia de la sentencia del Consejo de Estado que declaró responsables a Dragacol y a Mauricio Cárdenas por las cifras pagadas en exceso –planteada por Edgar Eduardo Pinto Hernández-, el Contralor General consideró que no se presentaba identidad de causa, objeto y sujeto en los dos procesos.

No se daba identidad de objeto, puesto que “la responsabilidad fiscal es subjetiva, por cuanto se dirige a determinar si han existido conductas responsables realizadas con culpabilidad tanto por servidores públicos como por particulares que manejen bienes o recursos públicos (…) Por el contrario, la acción popular se constituye en el instrumento por excelencia del Estado Social de Derecho, para que la comunidad (o las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión) de manera directa tenga la posibilidad de exigir de las autoridades o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, el cumplimiento de sus

deberes y el acatamiento de la ley, sin consideraciones subjetivas, ni de culpabilidad y no se tiene en cuenta la calidad del agente que ha causado el daño (…) dicha sentencia no se refiere a la responsabilidad individualizada de los funcionarios que con dolo o culpa grave han dado lugar a la afectación de los intereses colectivos, como sí lo hace el proceso de responsabilidad fiscal." Por otro lado, no se daba identidad de sujetos, puesto que "mientras [la responsabilidad fiscal] se dirige a los servidores públicos individualizados, la [acción popular] se incoa en contra de la autoridad pública, entendida como tal, la entidad que está amenazando, viola o ha violado el derecho colectivo. Para el caso particular, la acción popular se adelantó en contra de la Nación, Ministerio de Transporte, y la Sociedad de Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. DRAGACOL S.A., mientras que el proceso de responsabilidad fiscal se adelantó en contra los (sic) servidores públicos que intervinieron de manera directa o indirecta en la conciliación y la empresa beneficiada con los valores conciliados. "

En la parte resolutiva del señalado fallo se dispuso, entre otras, que "las decisiones contenidas en la presente providencia son independientes y autónomas frente a los procesos penales que se adelanten. Igualmente, frente a la decisión del Consejo de Estado contenida en la sentencia de mayo 31 de 2002, radicación 25000-23-24-000-19001-01, mediante la cual se decidió la acción popular presentada por la Contraloría General de la República, en la cual resultó condenada la sociedad Dragacol S.A. y el ex Ministro de Transporte Mauricio Cárdenas Santamaría."

Néstor Raúl Correa

El abogado Néstor Raúl Correa Henao señala que actúa como apoderado de Jaime Botero, actor popular del proceso cuestionado. En tal condición solicita sea negada la tutela al no haber existido vía de hecho alguna, sino presentarse una diferencia interpretativa.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Con respecto a su actuación como apoderado, señala el interviniente que si bien podía demostrar el poder otorgado por el señor Botero en la acción popular, en la presente acción de tutela le queda altamente complejo, toda vez que éste falleció y le es muy difícil obtener un poder por parte de sus herederos. Solicita que, en aplicación de la primacía del derecho sustancial sobre el formal, se le reconozca como apoderado del difunto, para garantizar su derecho de defensa. En caso de que no se le reconozca como apoderado, pide sea tenido como agente oficioso.

Ministerio de Transporte

Solicita la apoderada del Ministerio de Transporte que se deniegue la presente tutela, toda vez que gira alrededor de una diferencia hermenéutica entre el señor Cárdenas Santamaría y el fallo del Consejo de Estado, con respecto a los alcances del artículo 40, inciso 2º, en materia de responsabilidad y su aplicación en el tiempo.

En lo referente a la prueba de la responsabilidad, anota que en el fallo cuestionado se demuestra de manera suficiente la forma en que intervino el accionante en la toma de decisión sobre el cuantum de la conciliación. Así las cosas, el supuesto defecto fáctico se limita a una divergencia en el criterio de valoración probatoria.

Dragacol S.A.

El apoderado de Dragacol solicita se conceda la tutela. Asevera compartir en su integridad

los argumentos del demandante. Comparte en particular los argumento relativos a la imposibilidad de aplicación retroactiva del artículo 40, inciso 2º, la imposibilidad de condenar en concreto en la acción popular, la improcedencia de la acción popular en la medida en que los perjuicios provienen de una conciliación y no de un contrato, y la imposibilidad de que el Consejo de Estado determine el contenido del tipo en blanco constituido por el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Procuraduría General de la Nación

Mediante auto del 31 de mayo del presente año, la Sala Sexta de Revisión puso en conocimiento la presente tutela a la Procuraduría General de la Nación por considerar que, eventualmente, podría verse afectada por las resultas del proceso.

Como designada por la Procuraduría General, intervino la Dra. Lucy Jeannette Bermúdez, Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado. En su criterio, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, incurrió en una vía de hecho en la sentencia cuestionada por grave defecto sustantivo.

Según la Procuradora Delegada, se vulneró el principio de legalidad al haber aplicado una norma cuya vigencia es posterior a la ocurrencia de los hechos. Indica el concepto que si bien los hechos objeto de censura ocurrieron el 6 de noviembre de 1998, la Ley 472 de 1998 entró en vigencia el 5 de agosto de 1999. Con respecto a los argumentos esgrimidos por el Consejo de Estado en el fallo de tutela de segunda instancia –el cual será posteriormente relacionado- para desvirtuar la vulneración al principio de legalidad señala que “tal como lo estableció en la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-088/00 que declaró la exequibilidad [del inciso segundo del artículo 40], no puede predicarse que éste conforme unidad normativa con preceptos anteriores como el 26 de la ley 80 de 1993 y el 6 y 90 de la Constitución Nacional. En efecto, según la Procuraduría, es un argumento extremo del juzgador tratar de

conformar un solo núcleo con normas de 1991, 1993 y 1998 para aplicar retroactivamente una disposición sobre responsabilidad solidaria de un funcionario. [En juicio de la entidad], resulta cuando menos dudoso [superponer] el precepto del artículo 40 de la ley 472 de 1998 sobre un tipo especial de responsabilidad solidaria creado por esa Ley para efectos y con el objeto de proteger derechos colectivos y populares al amparo del artículo 88 constitucional, en una norma regulatoria del proceso contractual establecida en la ley 80 de 1993." Agrega que no es razonable asimilar la responsabilidad especial consagrada en el artículo 40 de la Ley 472 con la de los artículos 90 constitucional o 26 del estatuto contractual que tienen un cauce jurídico procesal diferente.

Acto seguido, afirma que frente a la diversidad de sentidos que se le ha dado al artículo 40 inciso segundo y en virtud de su función de interpretar la Constitución, la Corte puede aprovechar la oportunidad para definir si el artículo 40, inciso segundo, "tiene naturaleza sancionatoria o resarcitoria, si la deducción de esta responsabilidad es objetiva o culpabilista y en este último evento bajo qué concepto de culpabilidad debe imputarse; si la decisión que se adopta en virtud de la acción popular resulta concurrente con la que se asuma en una acción de tipo fiscal, penal (acción civil), contencioso administrativa, por vía del llamamiento en garantía o de la acción de repetición, o en una de carácter civil; y si, de conformidad con el contenido literal y sistemático, la solidaridad hace relación a la totalidad del detrimento patrimonial o únicamente al del incentivo previsto para los actores populares."

Por otra parte, indica que el sentido originario de la acción popular es proteger derechos colectivos, pero "no reparar los daños patrimoniales causados por el Estado", para lo cual se estableció el artículo 90 constitucional, así como la posibilidad de buscar el reembolso de lo pagado por éste a través de la acción de repetición, desarrollada en la ley 678 de 2001.

Por último, señala que la decisión que se tome en nada afecta la protección a los derechos colectivos reconocida por el Consejo de Estado y que debe quedar a salvo la posibilidad de que el Ministerio de Transporte inicie una acción de repetición que le permita recuperar el

daño emergente de sus funcionarios no procesados fiscalmente, siendo la cuantía de tal proceso el saldo que quedare insoluto después del cobro por vía de la ejecución del fallo fiscal.

Cámara de Comercio de Bogotá (Centro de Conciliación y Arbitraje)

Mediante auto del 31 de mayo del presente año, la Sala Sexta de Revisión puso en conocimiento la presente tutela a la Cámara de Comercio por considerar que, eventualmente, podría verse afectada por las resultas de la tutela.

La Dra. María Fernanda Campo Saavedra, actuando en representación de la Cámara de Comercio, allegó un escrito en el cual manifiesta que el 6 de noviembre de 1998, en el Centro de Arbitraje y Conciliación, se llevó a cabo la conciliación extraprocesal entre el Ministerio de Transporte y Dragacol, quedando consignados los antecedentes planteados por las partes y los acuerdos realizados en el acta de conciliación, la cual anexa. Como asistentes a la conciliación figuran el Dr. Reginaldo Bray Bohórquez, como representante legal de Dragacol, el Dr. Juan Carlos Chaves Mazorra en calidad de apoderado del Ministerio de Transporte, el Dr. Urías Torres, Procurador Once Judicial Administrativo y la Dra. Mónica Janer Santos, como conciliadora. Por último, indica que la Cámara de Comercio de Bogotá no fue parte en la acción popular.

I. DECISIONES JUDICIALES

A. Primera Instancia

El Consejo de Estado, Sección Quinta, en sentencia del 4 de septiembre de 2003, rechazó por improcedente la acción de tutela. Juzgó la Sección Quinta que la tutela contra providencias judiciales no procede, bajo ningún supuesto, toda vez que de permitirla se desconocerían los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e independencia judicial.

B. Segunda instancia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Según el Consejo de Estado, ambas disposiciones tienen en común sujeto pasivo responsable (servidor publico), causa (actuaciones de dicho servidor relativas a un contrato estatal), objeto de la responsabilidad (restablecer la afectación del patrimonio público), consecuencia jurídica (obligación de restituir el monto), y el sujeto activo (Estado). El hecho de que según el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 “el funcionario pueda ser declarado solidariamente responsable con quienes concurran al hecho no hace de esta norma una sustancialmente distinta de la prevista en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, pues ésta no excluye la solidaridad por cuanto esa situación jurídica está implícita en la coparticipación o concurrencia en conductas o hechos que generen responsabilidad.”

A esto agrega que el que el funcionario se declare responsable de manera solidaria con quien concurra en el hecho dañino -en términos del artículo 40 de la Ley 472 de 1998- está permitido dentro de los parámetros del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual establece la irretroactividad de la ley en materia penal o sancionatoria.

Para complementar su argumento, señala que el artículo 40, numeral 2, no es una norma de

tipo sancionatorio, sino de carácter restitutorio por lo cual no se puede predicar su irretroactividad. Por tanto, si bien tal norma se aplicó dentro del proceso sin dilucidar lo relativo a su aplicación en el tiempo –lo cual tampoco fue cuestionado por el ahora accionante en la oportunidad procesal debida-, esto no constituye una vía de hecho. Por último, indica que si bien los daños a la moralidad administrativa se empezaron a consumar en el momento de la conciliación, con posterioridad a ésta siguieron acaeciendo, toda vez que parte de ésta se encontraba sin pagar al momento de iniciar la acción popular.

Por otro lado, indica que el fallo cuestionado no es carente de argumentación normativa y jurisprudencial en lo referente a la responsabilidad del tutelante, características de una vía de hecho. Pretender cambiar las conclusiones del juez sería reabrir ilegítimamente el debate procesal.

Con respecto al cuestionamiento de la liquidación de perjuicios en concreto alegada por el peticionario, indica la Sección Primera que no prospera, puesto que no se trataba de perjuicios, sino de una recuperación de lo pagado en exceso.

En lo referente al origen del daño en una conciliación y no en un contrato, señala el ad quem que olvida el accionante que la conciliación se dio en virtud de problemas derivados de una contratación, es decir, fue “proveniente de la contratación” como lo indica el artículo 40 de la Ley 472. La interpretación razonable de la norma no puede constituir vía de hecho.

En referencia a la determinación de la responsabilidad dentro de la acción popular, el Consejo encontró que, como se señaló en la sentencia cuestionada, se trata de una responsabilidad autónoma diferente a la que se analiza, por ejemplo, en una acción de repetición.

En lo atinente a la determinación del contenido del derecho colectivo a la moralidad administrativa, señala el ad quem que cuestionar el alcance razonable dado a una norma por el Consejo de Estado no es posible a través de acción de tutela.

Concluye afirmando que al no haber existido una vía de hecho, tampoco se ha presentado una vulneración al buen nombre.

Salvamento de voto

El Magistrado Camilo Arciniegas Andrade salvó el voto por considerar que sí se le había vulnerado el debido proceso al accionante. En criterio del Magistrado, compete a la Contraloría establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal (art. 268, numeral 5 C.P.), mediante un proceso de responsabilidad fiscal. Lo que hizo la Sección Cuarta fue arrogarse competencias del Contralor General.

Por otro lado, indica que la declaración de responsabilidad hecha por el Consejo de Estado no tiene respaldo en el artículo 40, inciso 2º, toda vez que éste, si se lee de manera completa, se refiere al incentivo económico en las acciones populares sobre la moralidad administrativa. El artículo 40 señala que: “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 concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso. (…)”. En criterio del Magistrado, la mayoría obvió la expresión “para los fines de este artículo” que encabeza el

inciso segundo trascrito. Así las cosas, la responsabilidad solidaria se circunscribe al pago del incentivo a favor del actor popular y no puede entenderse como referente a la responsabilidad fiscal.

Solicitudes de insistencia

La Defensoría del Pueblo presentó insistencia para la selección del presente proceso por considerar pertinente que la Corte Constitucional se pronuncie sobre lo atinente a "la acreditación del dolo o la culpa grave, como base para atribuir la responsabilidad solidaria de tipo patrimonial de que trata el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en tratándose de servidores públicos (…)", en atención a lo dispuesto por el artículo 90 constitucional.

Por otro lado los Magistrados Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra insistieron en la selección del presente asunto por considerar pertinente que la Corte determine si la responsabilidad solidaria señalada en el artículo 40 se refiere de manera exclusiva al pago del incentivo. En caso de que no se limite únicamente al incentivo sería necesario que la Corte determinara si se vulneró el debido proceso al haber evaluado la gestión fiscal dentro de una acción popular, sin que se haya contado con las mismas oportunidades procesales que en el proceso particular de responsabilidad fiscal.

I. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas pertinentes al proceso. De algunas providencias se trascribirá textualmente parte de su contenido por ser indispensables para el análisis de la presente tutela.

1. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, AP-300, del 31 de mayo de 2002, en la cual se surtió la segunda instancia de la acción popular interpuesta por la Contraloría General de la República y Jaime Botero Correa contra el Ministerio de Transporte y Dragacol S.A.. Del mencionado fallo se resaltará el aparte relativo al análisis de la responsabilidad solidaria del ahora accionante. Al reseñar en el acápite de antecedentes la intervención de Mauricio Cárdenas se señaló en el fallo: "Al responder la demanda se opuso a que se declarara su responsabilidad en la actuación. Señaló que la persona que incumplió sus responsabilidades a favor del Ministerio fue el doctor Juan Carlos Chaves Mazorra, Jefe Jurídico de la entidad y a quien él había delegado toda la actuación." Con respecto a los alegatos de conclusión presentados por el señor Cárdenas se reseñó que: "[éste] estimo en su escrito que el juicio fiscal y la acción popular tienen el mismo fin por lo que se presenta una competencia a prevención de la Contraloría. Consideró sin embargo, que en la acción popular subsisten las pretensiones sin contenido económico, es decir, la declaración de nulidad de la conciliación y la devolución de lo pagado, con las cuales está de acuerdo.

Señaló que las condiciones para que proceda la responsabilidad patrimonial del ex ministro no son objetivas ni inmediatas.

Se reiteraron los argumentos expuesto en la respuesta a las demandas."

Con respecto al objeto de la acción popular el ad quem señaló: "el que se adelanten actuaciones contractuales y fiscales paralelas, no desnaturaliza el objeto de la acción popular. La Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, no contempla que la acción popular resulte improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados, como sí sucede con la acción de tutela y la de cumplimiento.

Por el contrario, del contenido de esta Ley se desprende que el derecho o interés colectivo puede ser amenazado o quebrantado por acciones u omisiones de la entidad pública o del particular que desempeñe funciones administrativas, lo que significa que es al resolver la controversia cuando el juzgador debe pronunciarse sobre aquellas, independientemente de los procedimientos legales en los que puedan pretenderse fines similares.

(…)

El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que sólo pueda acudirse al ejercicio de las mismas, pues estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular, con el fin de conjurar en forma oportuna aquellos hechos u omisiones que podrían afectar a la comunidad, antes de que generen un daño, para extinguirlo si éste se está produciendo, o bien para restituir las cosas a su estado anterior si ello todavía es posible. En este sentido se precisa que la acción popular es una acción principal y su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones.

(…)

El ámbito del cual se define la acción popular es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos, de lo cual pueden desprenderse además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, que en nada afectan la iniciación, trámite y culminación de la acción popular.

(…)

Para [la recuperación de sumas de dinero que se desvían del patrimonio público a causa de la corrupción administrativa] el juez de instancia está investido de amplias facultades, derivadas de la autonomía procesal que ostenta la acción popular y de la finalidad que ésta busca, que no es otra que la protección de los derechos de la comunidad, razón por la cual tal acción no puede crear conflicto de competencia alguno, dado que dentro de la misma se debaten intereses colectivos ajenos a situaciones particulares que se ventilan a través de procesos individuales diferentes."

En lo atinente a la moralidad administrativa como tipo en blanco señaló el Consejo de Estado: "[se] ha precisado reiteradamente que 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 crítica.

La moral administrativa, como principio constitucional está por encima de la (sic) diferencias ideológicas y está vinculada a que el manejo de la actividad administrativa se realice con

pulcritud y trasparencia, 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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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 publica."

Con respecto a la definición del derecho colectivo al patrimonio público señaló: "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 (…)"

En el apartado de conclusiones se señaló: "La Sala reitera que resultaron vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público, toda vez que se deduce una actuación irregular en la Conciliación llevada a cabo entre el Ministerio de Transporte y Dragacol S.A., porque se obró con desgreño, sin transparencia y de manera irresponsable y ávida, al solicitar y reconocer sumas que no eran procedentes, por lo cual se ampararán los derechos colectivos invocados.

Sin embargo frente a la responsabilidad particular de aquellas personas que fueron vinculadas al proceso, la Sala señala que ella será objeto de pronunciamiento en los respectivos procesos penales, fiscales y disciplinarios que contra ella se adelantan."

En lo tocante a la responsabilidad solidaria indicó: "De otra parte, la Sala estima que la actuación del entonces Ministro de Transporte Mauricio Cárdenas Santamaría fue determinante para que tuviera lugar la conciliación del 6 de noviembre de 1998, por los siguientes hechos:

Obra en el expediente la comunicación MJ-014752 del 7 de julio de 1998, suscrita por el entonces Ministro de Transporte Rodrigo Marín Bernal y dirigida al representante legal de DRAGACOL S.A. en donde se manifiesta claramente la inconformidad del Ministerio con las pretensiones que para ese momento tenía esa sociedad. En esta comunicación se rechaza la procedencia del pago de intereses moratorios comerciales, porque no habían sido pactados contractualmente y porque su aplicación resultaba contraria a la Ley 80 de 1993; además se expresaba que los contratos cuyo cumplimiento reclamaba la empresa, se encontraban liquidados por las partes. También se llama la atención que el contratista venga aumentando paulatinamente sus pretensiones sin justificación alguna. En ese documento se indica la voluntad del Ministerio para conciliar y se agrega que incluso "solicitó disponibilidad presupuestal para atender el compromiso a contraer en la conciliación por lo que se expidió el Certificado de disponibilidad número 357 del 28 de abril de 1998, para atender conciliaciones en proceso por un valor de $4.957'361.455.oo."

El Ministerio de Transporte dio respuesta a la demanda arbitral a través de apoderado, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en la solicitud de conciliación que habían suscrito el anterior Ministro Rodrigo Marín Bernal y el Representante de DRAGACOL S.A. Reginaldo Bray Bohórquez, en la que únicamente se busca conciliar sobre la pretensión de intereses moratorios que en ese momento eran de 3.78% mensual para los contratos 234/94 y 098/95; el Ministerio reconocía en esa comunicación por los contratos 318/94 y 286/96 la suma de $2.496'504.347.oo por actas pendientes de pago, pero no estaba de acuerdo con la tasa de interés pretendida (4.1%), y sobre el contrato 217 de 1996

se buscaba conciliar unas sumas pendientes de pago ($375’771.672.oo) más los intereses moratorios.1 Nótese, que entonces, no se hizo referencia a los conceptos de “restablecimiento del equilibrio financiero” sobre estos mismos contratos, y que finalmente se aceptó una tasa de interés de mora superior a la que reconocía en ese momento la entidad.

Estas comunicaciones eran conocidas por el Ministro Cárdenas Santamaría2, quien pese a ello dio su aprobación para conciliar por $26.000’000.000.oo. a favor de DRAGACOL S.A., reconociendo tanto intereses moratorios comerciales al 4.5%, como días de espera que no constaban en las Actas de entrega y perjuicios que no estaban comprobados.

Está clara la participación del Ministro Cárdenas para que se realizara una conciliación extrajudicial, en lugar de la decisión del Tribunal de Arbitramento, toda vez que suscribió el día 23 de septiembre de 1998, en conjunto con el representante legal de DRAGACOL S.A. Reginaldo Bray Bohórquez, una solicitud de conciliación extrajudicial (Fl. 3 del cuaderno de pruebas “B” aportado por el señor Urias Torres Romero), pese a que en ese momento se adelantaba por la Cámara de Comercio el trámite prearbitral dentro del cual se intentó, entre el 5 de septiembre y el 29 de octubre de 1998, la conciliación previa a la instalación del Tribunal.

En esta solicitud de conciliación extrajudicial se indica expresamente que el Ministerio no acepta las pretensiones de DRAGACOL S.A., incluso se plantea el reconocimiento de intereses moratorios, pero a la tasa legal del 1% mensual y no se admite el reconocimiento de perjuicios ni el restablecimiento del equilibrio financiero.

Sin embargo, el Ministro Cárdenas Santamaría terminó aprobando que la entidad a su cargo cancelara la suma de $26.000’000.000.oo, pese a que no existían suficientes elementos probatorios para ello y a que en la solicitud de conciliación que suscribió inicialmente no

aceptaba buena parte de las pretensiones.

Después de declarar fracasada la conciliación dentro del trámite arbitral que se adelantaba, (29 de octubre de 1998) consta en el Acta No 006 del Comité de Defensa Judicial y Conciliación del Ministerio de Transporte de fecha 6 de noviembre de 1998 lo siguiente:

"el representante legal de Dragacol S.A. solicitó al Ministerio continuar con las negociaciones con el fin de establecer la posibilidad de concretar una fórmula de conciliación con anterioridad a la instalación del Tribunal. Con tal propósito se llevó a cabo en la mañana de hoy (6 de noviembre de 1998) una reunión a la que asistió el señor Ministro de Transporte, doctor MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA, el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio y el representante legal de Dragacol S.A., doctor REGINALDO BRAY BOHÓRQUEZ(…)

Luego de una amplia deliberación en torno a una posible fórmula de conciliación y teniendo en cuenta, entre otros factores, el costo que para las partes puede representar la instalación de un Tribunal habida consideración que se trata de un tribunal independiente y no institucional en el que la fijación de gastos de funcionamiento y honorarios de los árbitros no está sometida a las tarifas de la Cámara de Comercio de Bogotá, se propuso a DRAGACOL S.A. la suma de $26.000'000.000.oo millones de pesos como fórmula de conciliación total la cual fue finalmente aceptada por el representante legal de la citada sociedad.

El Jefe de la Oficina Jurídica informó igualmente que el señor Ministro le solicitó convocar inmediatamente una reunión del Comité de Conciliación para que estudie está (sic) fórmula sobre la base de la sugerencia expresada por el Procurador en la audiencia del 28 de octubre en torno a la viabilidad de reconocer días de espera o stand-by adicionales a los 300 que propuso originalmente el Ministerio"

Ese mismo día, 6 de noviembre de 1998, el Ministro Cárdenas Santamaría en conjunto con el representante legal de DRAGACOL S.A. Reginaldo Bray Bohórquez , suscribieron y radicaron ante la Cámara de Comercio de Bogotá una solicitud para convocar una nueva audiencia de

conciliación, la cual se llevó a cabo horas más tarde, con el resultado perjudicial para el Estado y la sociedad, como ya fue señalado.

Para la Sala, la delegación en cabeza del Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Transporte y los argumentos esgrimidos en esta acción por la apoderada del ex ministro, en el sentido que éste último obró conforme se lo dictaba su subalterno experto en temas jurídicos, no resultan suficientes para eximirlo de responsabilidad, pues la firma del Acta de Conciliación del 6 de noviembre tuvo en cuenta su voluntad en ese sentido, como consta en el Acta 006 del Comité de Conciliación del Ministerio de Transporte, en donde se relata que la solicitud de audiencia fue suscrita por él y por el representante de Dragacol S.A. después del acuerdo logrado en su despacho.

En la "Constancia de Imposibilidad de Conciliación" suscrita por quienes participaron en la audiencia del 29 de octubre de 1998, se anota que la propuesta de arreglo del Ministerio está sujeta a la aprobación del entonces titular de esa Cartera, como en efecto ocurrió el 6 de noviembre siguiente (fl. 636 del cn. 3). En este documento se indica:

"El Dr. Urias Torres, procurador segundo judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo, estuvo atento a orientar a los interesados, sugirió establecer items de mayor permanencia en obra, lo que así se hizo, así como la posibilidad de reconocer perjuicios por concepto del embargo de la draga, trayéndose una propuesta en este sentido, con todo el día de hoy estuve reunido con el comité de Conciliación del Ministerio de Transporte, presidido por el señor Viceministro, comentando sobre las diversas realizadas (sic) concluyéndose proponer como fórmula de arreglo total la suma de $25.000'000.000 Mil millones de pesos, condicionada a que el señor Ministro respalde la propuesta. No fue posible llegar al acuerdo lamentablemente. (Subraya la Sala)

(…)

El Dr. Reginaldo Bray Bohórquez, manifiesta que: (…) consideramos, que la propuesta

expresada por el Ministerio de Transporte no es un planteamiento en firme, sino condicionada a una eventual aprobación del señor Ministro, que se encuentra fuera del país, por lo cual teniendo en cuenta el ánimo conciliatorio manifestado durante todo este proceso es imposible conciliar de acuerdo a la fórmula planteada." (Subraya la Sala) (Es trascripción textual)

Para esta Corporación, el entonces Ministro de Transporte Mauricio Cárdenas Santamaría, estuvo enterado del curso de la conciliación y fue quien planteó la decisión definitiva, por lo cual deberá responder solidariamente con DRAGACOL S.A., de conformidad con los términos del inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

Esta determinación es propia de la Acción popular, la cual se reitera una vez más, es una acción principal e independiente de los procesos que se hayan adelantado o se estén tramitando actualmente. Como lo señaló la Corte Constitucional al declarar exequible el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998:

"Por su parte, el inciso segundo, que es el acusado, señala que 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 concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

En esos términos, el precepto cuestionado consagra un régimen especial de solidaridad en materia de responsabilidad de tipo patrimonial."3 (Subraya la Sala)

Toda vez que el representante legal del Ministerio de Transporte en ese momento era Mauricio Cárdenas Santamaría, quien fue vinculado formalmente a este proceso, ejerció su derecho de defensa, a través de su apoderada judicial quien respondió la demanda y

presentó alegatos de conclusión en esta instancia, y están comprobadas las irregularidades en la conciliación celebrada el 6 de noviembre de 1998, originada en reclamaciones contractuales que concluyeron con la lesión a la moralidad administrativa y al patrimonio público, se configura la responsabilidad patrimonial del representante legal del Ministerio de Transporte de ese entonces, en forma solidaria con DRAGACOL S.A. hasta la recuperación total de lo pagado en exceso."

En consecuencia, en la parte resolutiva dispuso: "6. DECLÁRASE responsable solidario con la sociedad DRAGACOL S.A. al Ex ministro de Transporte Mauricio Cárdenas Santamaría, de conformidad con el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, por el valor no recuperado de lo pagado en exceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

El monto de los embargos certificados por cada entidad financiera deberá ser depositado a órdenes del Ministerio del Transporte."

2. Recurso de súplica presentado por el apoderado del señor Cárdenas Santamaría contra la sentencia del Consejo de Estado del 31 de mayo de 2002. Como razón para la procedencia de tal recurso se señala que si bien la Ley 472 de 1998 no reguló el mismo, ésta hizo remisión al Código Contencioso Administrativo en lo no regulado. En el C.C.A., artículo 194, se contempla que procederá este recurso contra la sentencia ejecutoriada proferida por una sección del Consejo de Estado. Tal argumento se presentaba a sabiendas de que el Consejo de Estado en anteriores ocasiones había encontrado improcedente tal recurso, puesto que consideraba que en anteriores providencias no se le había dado prevalencia al derecho sustancial sobre el formal.

Como fundamentos del recurso se señaló que:

a. La responsabilidad fijada no había sido establecida con la debida acreditación del dolo o la culpa grave del señor Cárdenas.

b. El derecho colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la ley y tal vacío normativo no podía haber sido llenado por el juez.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

d. La declaración de responsabilidad solidaria del señor Cárdenas no podía haberse realizado, so pena de asumir oficiosamente el estudio de la legalidad del auto de cierre de investigación del 13 de enero de 2000, proferido por la Contraloría General de la República.

e. La disposición del artículo 40 de la Ley 472 no podía haberse aplicado de manera retroactiva al presente caso. Al entrar en vigencia el 5 de agosto de 1999 no podía aplicarse a situaciones previas como la cuestionada en la acción popular.

f. La liquidación de perjuicios sólo podía hacerse a través del incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C.

g. Los perjuicios causados al patrimonio público no provinieron de la contratación con Dragacol, sino de la conciliación judicial llevada a cabo con ésta sociedad.

3. Providencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 16 de agosto de 2002, en la cual se rechaza por improcedente el recurso de súplica por considerar que está reservado para las sentencias que resuelvan controversias originadas en acciones de naturaleza ordinaria.

4. Salvamento de voto del Magistrado Juan Ángel Palacio Hincapié al auto del 16 de agosto de 2002 según el cual si bien la Ley 472 de 1998 no consagra expresamente la procedencia del recurso de súplica tampoco la niega y no se puede inferir que la naturaleza de las acciones populares sea contraria a la procedencia de tal recurso. Además, según el Código Contencioso Administrativo, el mencionado recurso procede contra cualquiera de las providencias de las secciones del Consejo de Estado. De no proceder el recurso de súplica se vulneraría el derecho a la igualdad en relación con las otras acciones. Por último, indica que, de no proceder la súplica, errores de los pronunciamientos de las secciones o subsecciones no podrían subsanarse, prevaleciendo lo formal sobre lo sustancial.

5. Recurso de queja interpuesto por el señor Cárdenas contra el auto del 16 de agosto de 2002. En éste se reiteró la procedencia del recurso de súplica por ser la cuestionada una sentencia de una de las secciones del Consejo de Estado. Además, puesto que el recurso de súplica no se opone a la naturaleza y finalidad de las acciones populares -teniendo en cuenta la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal- toda vez que en las acciones y recursos opera el derecho sustancial.

6. Providencia del 11 de marzo de 2003 en la cual el Consejo de Estado, Sala Plena, resuelve el recurso de queja presentado. En consideración del Consejo, dada la naturaleza célere que el legislador le quiso imprimir a las acciones populares, sería contradictorio reconocer la procedencia de los recursos extraordinarios. Añadió que el hecho de que la ley 472 no haya previsto tales recursos para las acciones populares sí es señal de la improcedencia de los mismos, puesto que frente a las acciones de grupo, reguladas por la misma Ley, sí se consagró la procedencia de recursos extraordinarios. Si bien el Consejo de Estado ha reconocido la procedencia del recurso de apelación contra el auto de inadmisión de la demanda, a pesar de que la Ley 472 no lo contempla, esto se ha dado en virtud de que de no hallarse procedente se cerraría el acceso a la administración de justicia; situación que no se presenta en el caso de la improcedencia de los recursos extraordinarios. Por último, indica que el no permitir los recursos extraordinarios, lejos de desconocer el derecho sustancial, lo potencia puesto que hace más célere la protección de los derechos colectivos.

7. Calificación de mérito de la investigación seguida contra Mauricio Cárdenas Santamaría, en su condición de Ministro de Transporte, por el delito de peculado culposo en la conciliación llevada a cabo entre Dragacol y el Ministerio de Transporte. La Fiscalía General precluyó la investigación contra el ex-Ministro, en su providencia del 29 de junio de 2001, toda vez que "[Mauricio Cárdenas] no actuó faltando al deber de cuidado imputable al cargo y dignidad que representaba, ni frente al proceso arbitral y mucho menos en el trámite de la conciliación extrajudicial, que como se sabe, la responsabilidad yacía en los miembros del Comité."

8. Auto de cierre de investigación fiscal proferido por la Jefe de Unidad de Investigaciones Fiscales e investigadores fiscales, del 13 de enero de 2000, en el que se juzgaba la actuación de Mauricio Cárdenas Santamaría, el cual ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal contra él adelantado. Con posterioridad a la determinación del alcance de la actuación del Comité de Conciliación, del trámite de la conciliación a la fecha de posesión del Ministro, y de las situaciones presentadas a partir de la posesión del Ministro, en el acápite de análisis de las actuaciones del Ministro se indicó:

"En primer lugar encontramos en los documentos soporte de la presente investigación, como en las actas de conciliación dentro del trámite prearbitral y extrajudicial, que el señor ex ministro de Transporte no participó en el desarrollo de las diferentes audiencias celebradas en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; siempre actuó el apoderado del Ministro, doctor Juan Carlos Chaves, quien estuvo presente en todas las audiencias.

En segundo lugar se hace relación a la participación que pudo tener el señor Ministro en la conciliación celebrada con Dragacol, la cual se llevó a cabo en la Cámara de Comercio de Bogotá.

Para esclarecer este punto, la Contraloría General de la República practicó y recaudó diferentes pruebas, entre ellas las declaraciones de los miembros del Comité, la del representante legal de Dragacol, la del Procurador Delegado, la del mismo Ministro y las actas del comité Nos. 04, 05 y 06, donde se refleja el procedimiento seguido por el Ministerio y por el Ministro respecto al trámite y posterior acuerdo de conciliación con Dragacol.

Del análisis objetivo efectuado a cada una de las pruebas, la Contraloría General de la República encontró que para llegarse al acuerdo final de conciliación, internamente en el Ministerio, se debía seguir el trámite legal contemplado en la Resolución No 1186 de 1998, en la Ley 446 del mismo año y en el Decreto No. 1818 de 1998; es decir, el Comité era una misma instancia para el conciliador o apoderado.

(…)

De las pruebas obrantes en el expediente no se desprende que el ex ministro hubiese actuado para lograr un resultado contrario a los intereses del Estado, tampoco se ha demostrado que hubiese omitido intencionalmente alguna actuación a la que estuviera obligado para que se diera algún resultado fiscal contrario a los intereses del Ministerio de Transporte.

No sobra anotar que tanto los miembros del Comité de Defensa Judicial y Conciliación, como el apoderado del Ministerio, doctor Chaves Mazorra, según obra en el expediente sí tuvieron acciones u omisiones que perjudicaron el patrimonio del Estado amén que la información allegada al señor Ministro estuviera impregnada de errores que lo llevaran a sugerir determinadas actuaciones pero por ello no podemos asignar responsabilidad al señor Ministro."

Con respecto a la relación Ministro – apoderado se señaló "el ex ministro creyó en las capacidades de apoderado, por cuanto nunca se presentó denuncia o queja en lo relacionado con el tema donde permitiera romper el esquema de confianza y división de funciones que opera en todas las entidades bajo el estado de derecho. Nunca el doctor Chaves dejó de informar de manera general al Ministro sobre las conversaciones de la negociación, es decir el Ministro confiaba en la información dada.

Por ello aplicando la teoría del dominio del hecho, la responsabilidad en este caso concreto recae en quien adelanta la gestión y no en el poderdante, por cuanto lo que compromete son las actuaciones del apoderado por quebrantar el principio de confianza, más aún tratándose de un miembro del comité.

Como se concluye, el hecho de otorgar poder el día 6 de noviembre de 1998, estaba dentro de las facultades del ex ministro Cárdenas y para la Contraloría General de la República no es un hecho determinante para deducir una presunta responsabilidad fiscal."

Posteriormente se añadió:

“Teniendo en cuenta lo anterior encontramos que el doctor Mauricio Cárdenas como ministro siempre actuó de buena fe en todo lo atinente al conocimiento del proceso conciliatorio adelantado con Dragacol, creyó que la información suministrada por parte del apoderado de manera general, siempre estuvo precedida de la buena fe, sin pensar que esta fuera equivocada ya que el apoderado del Ministerio era a su vez, miembro del comité y jefe de la oficina jurídica y la persona que estaba al tanto de todo lo que ocurría en las negociaciones, además debía velar jurídicamente por los intereses del Ministerio, razón por la cual le permitía al señor ex ministro estar seguro de la información suministrada como la más veraz y confiable.

Además del apoderado, también recibía información de los demás miembros del Comité de Defensa Judicial y Conciliación, según ellos en sus declaraciones se reunían con el señor Ministro para conversar y discutir el tema de Dragacol. Estas personas al no revisar y analizar los documentos presentados por el contratista y los existentes en el Ministerio de manera eficiente, causaron el menoscabo patrimonial y omitieron el cumplimiento de sus funciones en debida forma, hecho que condujo a que el señor Ministro creyera y confiara tanto en la información suministrada, como en la función desempeñada por los miembros del Comité.

La información suministrada a los miembros del Comité, especialmente al jefe de la oficina jurídica por parte del representante legal de Dragacol, llevó al error en los cálculos efectuados y suministrados al señor ex ministro.

(…)

Las circunstancias anotadas demuestran que en efecto no era fácil a simple vista que el señor Ministro con la presentación de unos documentos detectara las maniobras engañosas y el montaje efectuado por Dragacol en complicidad con los funcionarios del Ministerio. Sólo se llegó efectivamente a conocer la verdad de los hechos después de un estudio profundo tanto técnico como jurídico.

Ahora bien, el señor Ministro confía en la información suministrada sin llegar a dudar en ningún momento de la gestión de este profesional, por eso el señor Ministro siempre creía en las informaciones recibidas tanto del apoderado como de los demás miembros del Comité,

sin llegar a analizar directamente ningún documento.

(…)

[E]l error en que se encontraba el doctor Cárdenas, era un error invencible, ya que cualquier persona colocada en las mismas circunstancias del Ministro hubiese actuado de la misma manera.”

Inspección judicial

Mediante auto del 22 de junio de 2004, el Magistrado Ponente decretó la realización de una inspección judicial en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, con el fin de conocer y obtener copia de los folios pertinentes del expediente de la acción popular radicada bajo el número 25000-23-27-000-1999-00537-01 (acción popular interpuesta por la Contraloría General de la Nación contra Dragacol S.A. y Ministerio de Transporte).

Tal diligencia se llevó a cabo el 29 de junio de 2004. En la misma se tomaron copia de los siguientes asuntos -cuyo contenido se relacionará para efectos probatorios-:

1. Demanda de la acción popular presentada por la Contraloría General de la Nación en agosto de 1999. La Contraloría adujo que había varias formas de vulnerar el patrimonio público y una de éstas era a través del desconocimiento del debido proceso, caso que se presentaba en la conciliación celebrada entre Dragacol y el Ministerio el 6 de noviembre de 1998, por desconocimiento de algunos preceptos de la Ley 446 de 1998. Por tal motivo, solicitaba se restituyera la situación jurídica entre el Ministerio de Transporte y Dragacol al estado en que se encontraba con anterioridad a la conciliación. Uno de los motivos que, según la Contraloría, había derivado en la vulneración al debido proceso había sido la aplicación del Decreto 2511 de 1998 no habiendo entrado en vigencia para el momento de la

conciliación. Además, el hecho de que siendo una conciliación contencioso administrativa extrajudicial –por haberse adelantado antes de la instalación del Tribunal de Arbitramento- no haya sido sometida a aprobación de la Sala Sección o Subsección de la corporación competente para conocer de la acción judicial respectiva. Se concilió sobre asuntos que estaban previamente consignados en demandas ejecutivas radicadas ante el Tribunal Contencioso Administrativo contra el Ministerio de Transporte y sobre las cuales no se presentaron las respectivas excepciones de mérito. Dragacol y el Ministerio de Transporte conciliaron los créditos correspondientes al Contrato No 95-04-003 de 1995 sin la participación del titular del crédito Banco UCONAL. Al conciliarse sobre un crédito del cual no se es titular se incurrió en una vía de hecho.

Como legitimación para la presentación de la acción popular adujo la Contraloría que "establecer la responsabilidad fiscal de quienes en su gestión le ocasionen un detrimento al patrimonio público es un deber de la Contraloría General de la República. Deber que es irrenunciable e irremplazable por estar expresamente consagrado en el artículo 268 de la Constitución Nacional. Ello no obsta –sin embargo- para que en el cumplimiento de la misión institucional general de salvaguardar la integridad del patrimonio público, la Contraloría recurra a las diversas herramientas disponibles en nuestro ordenamiento jurídico. Así de manera complementaria la institución puede valerse de las herramientas que coadyuven al cumplimiento de cualquiera de sus funciones constitucionales sin perjuicio de las mismas.

Así las cosas, el ejercicio de una acción popular por gozar de naturaleza efectos y alcance disímiles a aquellos de un proceso de responsabilidad fiscal, no puede jamás reemplazar a éste último. En este orden de ideas, el desenlace jurídico de la presente acción popular no tiene ni tendrá efecto alguno sobre el normal desarrollo de las investigaciones y los juicios fiscales que desarrolla la Contraloría sobre hechos similares, ni podrá considerarse como excepción de fondo para desestimar los cargos que se presenten en los mismos." (subrayas ajenas al texto)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por los motivos anteriormente aducidos, la Contraloría solicitó dejar sin efectos el acta de conciliación “por haberse constituido una vía de hecho.” Adicionalmente, pidió que “como lo permite el artículo 2º de la Ley 472 de 1998 se restituy[eran] las cosas a su estado anterior”. Por último, exhortó al Tribunal a establecer que los efectos y resultados jurídicos de la acción popular no tenían consecuencia sobre los procesos de responsabilidad fiscal. (fls. 1-21, cuaderno 1B)

2. Escrito del 27 de agosto de 1999 allegado por la Contraloría General en el cual señala que en el caso de la conciliación en estudio se presentó tanto una vulneración del debido proceso como un pago de lo no debido, para cuya corroboración pone a disposición del Tribunal los expedientes de los procesos adelantados por la Contraloría. (fls. 81-85, cuaderno 1B)

3. Auto del 13 de marzo de 2000, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, vincula al proceso a Mauricio Cárdenas Santamaría, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en relación con la solidaridad, según el Tribunal, en el reconocimiento del incentivo. (fls. 253-255, cuaderno 1B)

4.Contestación del Ministerio de Transporte a la acción popular en la cual señala que se encuentra plenamente de acuerdo con lo señalado por la Contraloría; pone de presente que el Ministerio de Transporte interpuso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho –por parte de Dragacol y Holding Panamerican- contra la conciliación en cuestión, el 19 de mayo de 1999, y solicita que el Tribunal Administrativo adecue las pretensiones de la Contraloría a una acción de nulidad –lo cual es materialmente- y la acumule con el proceso presentado por el Ministerio, toda vez que son sustancialmente iguales y de no acumularse podrían presentarse fallos contradictorios. (fls. 134-138, cuaderno 4)

5. Recurso de reposición interpuesto por la apoderada de Mauricio Cárdenas contra el auto

del 13 de marzo de 2000, mediante el cual se vincula a éste a la acción popular. Como argumento de tal recurso se expuso que “admitir que el Doctor Mauricio Cárdenas Santamaría, sea vinculado a una nueva investigación, aún cuando se trate en este caso de una “acción popular” sería permitir que se viole el principio del “non bis in idem”, y que se viole el principio de “cosa juzgada”, pues los hechos por los cuales se dio inicio al proceso de la referencia son los mismos por los que la Contraloría General de la Nación, entidad aquí demandante, inició investigación fiscal, proceso del que decidió desvincular al doctor Cárdenas, mediante providencia que no admite recursos, y que por tanto hizo tránsito a cosa juzgada, desde el pasado 13 de enero de 2000.” (fl. 262, cuaderno 1 A)

6. Auto del 10 de abril de 2000 en el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca niega la reposición en virtud de que la vinculación de Mauricio Cárdenas, en su juicio, tiene como fin el eventual pago del incentivo. Simultáneamente, comparte el Tribunal la imposibilidad de revivir la investigación fiscal. Aduce el Tribunal que la responsabilidad señalada por el artículo 40 se diferencia además en que su declaratoria es objetiva. Concluye indicando que independientemente de la declaratoria o no de la responsabilidad fiscal se podrá condenar al pago solidario del incentivo. (fls. 420-424 del cuaderno 1 A)

7. Contestación de la demanda presentada por Cárdenas Santamaría el 4 de mayo de 2000. En ésta se señala que en la medida en que junto con la acción popular hay una pluralidad de medios y agentes para preservar el patrimonio público y la moralidad administrativa, para armonizar la función de las dependencias especializadas de protección de los intereses de la nación “la procedencia de la acción popular está determinada por la ausencia de actuación positiva de las autoridades competentes para velar por los bienes jurídicos tutelados por [la legislación relativa a]l patrimonio público.” Según la contestación, lo especial –organismos especializados de control- debe primar sobre lo general –acciones populares, las cuales son residuales-. En este sentido, el incentivo en la acción popular sólo se debe pagar cuando ésta fue la causa eficiente de la recuperación de los dineros públicos. En el actual caso se presenta competencia a prevención de la Contraloría, por lo que el espectro de la acción popular queda reducido. Por otro lado, se debe tener en cuenta que Cárdenas como Ministro

de Transporte presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que también lograría el mismo fin del proceso de responsabilidad fiscal. Por tanto, la acción popular no sería la causa eficiente de la recuperación de los dineros y no correspondería a Cárdenas pagar el incentivo.

Por último, resalta que en caso de que se condene al pago del incentivo, tal condena no se puede dar bajo criterios de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-088 de 2000. Bajo esa perspectiva, se debe considerar que el actuar de Mauricio Cárdenas no fue culposo, doloso ni determinante en el daño al patrimonio público. (fls. 425-429 del cuaderno 1 A y fls. 440-459 del cuaderno 3-continuación del segundo principal)

8. Alegatos de conclusión presentados el 17 de julio de 2001 por Mauricio Cárdenas en los cuales se reiteran los argumentos de la contestación de la demanda. (fls. 100-117 del cuaderno 1)

9. Sentencia de primera instancia proferida el 18 de septiembre de 2001, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección A. Con respecto a la procedencia de la acción popular frente a las irregularidades y sobrecostos provenientes de contratos, señaló el Tribunal que en el presente caso la acción popular instaurada por la Contraloría se hacía improcedente frente a la previa presentación de una demanda de nulidad y restablecimiento por parte del Ministerio, en virtud de que la causal de nulidad alegada por éste era vicio del consentimiento –verdadera causal de nulidad-, mientras que las irregularidades denunciadas por la Contraloría no podrían plantearse de manera independiente como causal de nulidad estricta. En esta medida, el juez competente para conocer del asunto era aquél ante quien se interpuso la demanda de nulidad. Con respecto a la concurrencia de acción popular y acción fiscal, señaló que “si bien el señor Contralor General de la República en principio se encuentra legitimado para presentar acciones populares, no puede perderse de vista que para el ejercicio de sus funciones, en especial la

de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los fondos y bienes del Estado, cuenta con facultades procedimientos y herramientas asignadas por la Ley, de las cuales ya hizo uso en el caso objeto de estudio, habiendo exonerado al representante legal de la Nación en tal asunto y llamado a responder fiscalmente a los demás funcionarios públicos que intervinieron en el trámite conciliatorio. Entonces, una vez concluya el juicio de responsabilidad fiscal que ante el órgano de control se adelanta, se determinará si hubo daño al patrimonio público, así como sus responsables, a quienes se les ordenará restituir los dineros públicos pagados sin justa causa. De manera que al estarse adelantando actuaciones paralelas, iniciadas con anterioridad a la acción popular y a través de las cuales se busca en últimas el mimos objeto, en este caso concreto la acción popular no es el medio idóneo para los fines pretendidos por los demandantes, toda vez que (…) la competencia del órgano de control fiscal, no puede ser sustituida por la de la jurisdicción constitucional, que no fue creada para desplazar a uno y otro." En consecuencia, el Tribunal denegó las pretensiones presentadas.

(fls. 309-370 del cuaderno 1)

10. Impugnación del fallo presentada por la Contraloría, el 19 de octubre de 2001, en la cual se señala que la pérdida de efectos de la conciliación solicitada por la Contraloría no tiene los mismos efectos que la acción fiscal, puesto que sólo a través de la nulidad se podría evitar el cobro del dinero incluido en la conciliación y aún no pagado. En este orden de cosas, en el caso concreto la acción popular y la de responsabilidad fiscal no tienen la misma finalidad. En cuanto a la presunta vulneración al principio de non bis in idem señaló que no se daba "porque las diferentes acciones –fiscal, de nulidad y popular-, tienen regímenes diferentes, que salvaguardan intereses jurídicos diversos. La acción popular trabaja bajo el concepto de responsabilidad solidaria, por tanto, a cada demandado es posible cobrarle la totalidad de lo pagado por corrupción, fenómeno este que no se presenta para otros casos. Y la garantía procesal en ciernes, que es parte del debido proceso, se protege en la medida en que, una vez pague una primera vez, puede alegar eso como excepción en los otros procesos, y además si la persona resulta pagando más de lo que corresponde, puede intentar luego la acción de repetición. Luego, aquí no se viola este principio." (fls. 387-397 cuaderno 1)

11. Réplica a los argumentos de apelación presentada por Mauricio Cárdenas Santamaría, el 28 de enero de 2002. En ésta se reiteran los argumentos de la contestación de la demanda. (fls. 481-502, cuaderno 1 A)

12. Fallo No 00005 del 13 de noviembre de 2003 proferido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva en la etapa de juicio fiscal dentro del proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra Dragacol y otros. En el numeral 5.4.5. la Contraloría se pronuncia frente a la presunta vulneración del non bis in idem constituida en virtud de que en la Sentencia del Consejo de Estado del 31 de mayo de 2002 se protegió el bien jurídico patrimonio público por lo que no es procedente continuar con el procedimiento fiscal. Para la Contraloría, el mismo Consejo de Estado dejó en claro que el fallo de la acción popular no interfería en la resolución de los procesos penales, disciplinarios y fiscales. Señala la Contraloría que "al Contencioso Administrativo, como a la Contraloría General de la República, en su ámbito de competencia, les corresponde buscar que los daños al patrimonio del Estado se reintegren. Por ello es bueno recordar que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado y el control de resultados de la administración le corresponde a este Organismo de Control, y la acción popular que ampara los derechos e intereses colectivos de los ciudadanos o de grupo, relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad, salubridad pública, ambiente entre otros, a diferencia de la acción fiscal, le corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo." Continúa la Contraloría señalando que la responsabilidad fiscal es autónoma y, por tanto, puede darse acumulación de responsabilidades con la penal o disciplinaria, pero si se percibe la indemnización de perjuicios, por ejemplo, dentro del proceso penal no procede obtener de nuevo el pago de éstos a través del juicio fiscal. Sólo procede la terminación anticipada del proceso cuando se haya concretado la reparación total del daño y no sólo establecido los responsables a través de otra vía.

Por otro lado, anota que en el caso de las acciones populares la responsabilidad que se determina es de carácter objetivo, mientras que en la responsabilidad fiscal tal tipo de responsabilidad está proscrita. Agrega que la acción popular persiguió, a diferencia del

proceso de responsabilidad fiscal, la moralidad administrativa. Además, resaltó la Contraloría que las acciones se basan en normas de categoría y alcances diferentes. Agregó que, en esa medida, el valor a reintegra fijado por la Contraloría podía ser diferente al determinado por el Consejo de Estado. Por último, añadió que en caso de que en virtud de la orden dada por el Consejo de Estado se llegue a restituir en algo el patrimonio del Ministerio de Transporte, se deberá disminuir en ese valor la responsabilidad determinada por el proceso de responsabilidad fiscal. En ese orden de ideas, la Contraloría no accedió a la nulidad solicitada por violación al principio del non bis in idem y cosa juzgada.

Bajo el título otras consideraciones (pg. 423 del fallo de responsabilidad fiscal) se señaló "Aunque en esta etapa de Juicio Fiscal resultaba imposible vincular nuevamente al Ministro Cárdenas Santamaría, las reflexiones efectuadas en esta providencia solo apuntan, a recordarle al país que este alto funcionario del Estado, aún le debe a la sociedad que le dio su respaldo y confianza, muchas explicaciones sobre su papel en todo este proceso en el cual quedan muchas páginas por escribir.

En lo que hace a este Despacho, después de analizar hasta el más pequeño detalle cada una de las pruebas que reposan en el expediente, no se logró entender fácilmente cual fue el verdadero engaño del cual se estableció fue víctima [Cárdenas Santamaría] (…)

Pese a lo anterior, bien vale la pena resaltar que la justicia siempre llega, y no quedó en el olvido esta amarga página de la historia de la Administración Pública Colombiana, porque frente a la participación del Ex Ministro Cárdenas Santamaría, el Consejo de Estado en la sentencia del 31 de mayo de 2002, mediante la cual se pronunció frente a la acción popular instaurada por la Contraloría General de la República y otro ciudadano, en defensa de la moralidad y el patrimonio público, se logró establecer en buena hora una de las responsabilidades más importantes en esta nefasta historia de la conciliación millonaria ente el Ministerio de Transporte y Dragacol S.A."

En el momento de la efectiva determinación del la responsabilidad fiscal de Dragacol –en el aspecto referente a la "cuantificación del daño patrimonial y de la responsabilidad fiscal definida" (pg. 447 del fallo)- el fallo de la Contraloría indicó que "de conformidad con las proporciones del daño ocasionado al patrimonio del Estado, representado para el caso que nos ocupa y que se concretó en el detrimento patrimonial de la nación – Ministerio de Transporte, y atendiendo criterios de equidad y justicia, no encuentra este Despacho forma más acorde a la realidad que declarar como Responsable Fiscal a la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. Dragacol S.A. por el cien por ciento (100%) del perjuicio patrimonial causado, por considerar que el establecer cuantías independientes y conjuntas resultaría contrario a la realidad procesal.

(…)

Ahora bien, encuentra esta Contraloría Delegada absoluta conformidad con la decisión proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Magistrado Ponente Ligia López Díaz, de fecha 31 de mayo de 2002 dentro de la acción popular promovida por la Contraloría General de la República.

Por lo anterior y teniendo en cuenta la autonomía de la acción fiscal, en este fallo se declarará la responsabilidad en particular de otras personas, tomando la suma sobre la cual hizo expreso pronunciamiento la máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa consideró que con el Acuerdo Conciliatorio del 6 de noviembre de 1998 se vulneró el patrimonio público con una actuación irregular porque "… se obró con desgreño, sin transparencia y de manera irresponsable y ávida, al solicitar y reconocer sumas que no eran procedentes…", no sin antes advertir que para efectos de este fallo, el Despacho considera como daño patrimonial causado con cargo al ítem de restablecimiento del equilibrio financiero de los contratos 234/94 y 098/95 la suma de $15.386.069.584,23, razón por la cual los $ 13.069.569,621 del fallo del Consejo de Estado se imputarán en su totalidad a este concepto, lo mismo que $2.316.499.927,22 para completar el valor total del detrimento patrimonial derivado de la responsabilidad fiscal.

(…)

No obstante ello, no puede desconocerse la Responsabilidad Fiscal de los otros implicados conforme se ha analizado de manera detallada y profunda en los acápites precedentes, razón

por la cual resulta evidente que la única manera de proferir una decisión integral respecto del detrimento patrimonial cuantificado en justicia, equidad y derecho, es precisando sus responsabilidades hasta un monto determinado, sobre el cual deberán responder de manera solidaria con Dragacol S.A.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1. A cargo de la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. Dragacol S.A. (…) ($13.069.569.61,01) en los términos y con los efectos señalados por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta dentro del fallo que decidió la Acción Popular impetrada por la Contraloría General de la República de mayo 31 de 2002. No. Ra. 25-23-24-000-1999-9001-01, por concepto de “restablecimiento del equilibrio financiero o Stand By”.

2. A cargo de la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. Dragacol S.A. (…) Juan Carlos Chaves Mazorra, Juan Alberto Páez Moya, Darío Velandia Triviño y Urias Torres Romero, en forma solidaria la suma de (…) ($2.316.499.927.22) por concepto de “Restablecimiento del equilibrio finaciero o Stand by”.

3. A cargo de la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. Dragacol S.A. (…) Edgar Eduardo Pinto Hernández, Juan Carlos Chaves Mazorra, Juan Alberto Páez Moya, Darío Velandia Triviño, en forma solidaria, la suma de (…) ($ 236.612.813.94) por concepto de “cuentas pendientes de pago”.

4. A cargo de la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. Dragacol S.A. (…) Juan Carlos Chaves Mazorra, Juan Alberto Páez Moya, Darío Velandia Triviño, en forma solidaria, la suma de (…) ($672.926.246.23), por concepto de los saldos de las sumas pagadas en exceso determinadas por esta Contraloría en relación “cuentas pendientes de pago”.

(…)

Artículo decimoséptimo: una vez en firme y ejecutoriado el presente fallo, por conducto de la Secretaría Común del Despacho de la Contraloría Delegada para investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, compulsar copia del presente fallo a la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para su conocimiento y fines pertinentes, dentro del fallo de la Acción Popular impetrada por la Contraloría General de la República de mayo 31 de 2002. No. Rad. 25-23-24-000-19999001-01" (cuaderno de trámite de cumplimiento de la acción popular)

Trámite de impedimentos

La Sala Plena aceptó impedimento del Magistrado Rodrigo Escobar Gil y no aceptó el impedimento presentado, para fallar por parte del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia.

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

La Sala Plena de la Corporación asume el conocimiento del presente caso, en virtud de la decisión tomada por el Pleno de la Corporación en Sala del 21 de julio del presente año.

A. Fundamentos

Procedencia de la tutela

La Corte ha sostenido que para entrar a estudiar de fondo las eventuales vulneraciones del debido proceso existentes dentro de una providencia judicial se deben haber agotado los mecanismos ordinarios de defensa existentes dentro del proceso.

En el análisis del acervo probatorio, la Sala observa que Mauricio Cárdenas Santamaría, a través de sus diferentes apoderados en la acción popular, actuó de manera diligente en lo referente a la utilización de los mecanismos ordinarios. Por tal motivo, la Corte entrará a analizar de fondo los problemas jurídicos existentes.

Problema jurídico

La Sala entrará a estudiar si constituye una violación al debido proceso y, específicamente, al principio de legalidad el aplicar el artículo 40, inciso segundo, de la Ley 472 de 1998 para determinar la responsabilidad solidaria de un hecho sucedido con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley.

1. -Improcedencia general de tutela contra sentencia –excepcionalidad de la vía de hecho-

Esta Corte ha sido enfática en reiterar cómo sólo de manera excepcional llega a proceder la tutela frente a providencias judiciales. Tal afirmación conlleva un juicio no tan severo de la

providencia cuestionada por parte del juez de tutela por virtud del cual sólo las actuaciones manifiestamente contrarias a derecho llegan a constituir una vía de hecho. Ha dicho esta Corporación al respecto:

“Si bien, en el desarrollo de las facultades de los funcionarios judiciales aparece envuelto por la vigencia del principio de independencia y autonomía para la toma de sus decisiones, en cumplimiento de la función pública de administrar justicia (C.P., art. 228), el espectro de la protección constitucional de la acción de tutela, con el fin de recuperar la legitimidad del ordenamiento positivo existente, excepcionalmente puede extenderse y comprender algunas de esas actuaciones judiciales, permitiendo a la jurisdicción constitucional armonizar los resultados del ejercicio de las competencias judiciales, con la defensa y prevalencia del ordenamiento constitucional regente.”4(el resaltado es nuestro)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Dentro del proceso se pueden presentar irregularidades de carácter sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental. En esta ocasión se considera oportuno reiterar la sistematización de causales de vía de hecho realizada por esta Corte:

“(…) la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte “esta

sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial".5 Revisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que esta Corporación confiere un amparo constitucional contra una sentencia judicial, lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos.". 6

Después de haber analizado, en términos generales, la procedencia de tutela contra providencias judiciales la Sala abordará el problema jurídico del caso de la referencia.

1.1. No es constitucional aplicar el artículo 40, inciso segundo, de la Ley 472 de 1998 para determinar la responsabilidad solidaria de un hecho dañino sucedido antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley.

Según el accionante, hubo violación del derecho fundamental al debido proceso, toda vez que la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 se aplicó retroactivamente en la sentencia impugnada. Lo anterior, en la medida que la Ley 472 de 1998 entró a regir el 5 de agosto de 1999 y la conciliación cuestionada en la acción popular se celebró el 6 de noviembre de 1998.

La Procuraduría en su intervención apoya el argumento del accionante en la medida en que no encuentra que ninguna norma previa a la ocurrencia del daño generado por la conciliación haya señalado expresamente la existencia de responsabilidad solidaria del representante legal por los daños al patrimonio público. La Sala halla plenamente razonable la posición del accionante y la Procuraduría. Por el contrario, no encuentra razonable la aplicación de la norma sustancial en cuestión a hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Ley

472 a la luz de los criterios desarrollados por el Consejo de Estado.

Para abordar el tema, la Corporación realizará un análisis genérico (i) de los criterios de aplicación de la ley en el tiempo y (ii) de la institución de la responsabilidad solidaria pasiva para (iii) concluir que bajo ningún supuesto la norma que establezca una nueva responsabilidad solidaria puede aplicarse retroactivamente. Posteriormente, (iv) se analizará a la luz de estos criterios la aplicación del artículo 40 de la Ley 472 en el caso de Mauricio Cárdenas Santamaría, para concluir que el Consejo de Estado incurrió en vía de hecho.

(i) Criterios de aplicación de la ley en el tiempo:

La ley rige los actos que se produzcan después de su vigencia. Es decir, como regla general, no hay efecto retroactivo. De sostenerse lo contrario se decaería en un estado altamente peligroso de inseguridad jurídica.

Las leyes, al no tener efecto retroactivo, no pueden influir sobre actos anteriores a su vigencia, ni sobre derechos precedentemente adquiridos. En esa medida, los jueces tienen la prohibición de, motu proprio, aplicar retroactivamente una norma a un caso que se fundamenta en hechos previos a la entrada en vigencia de ésta. En este sentido se debe recalcar que no hay retroactividad implícita, por cuanto la regla general es la irretroactividad y sólo se le otorga efecto retroactivo si el legislador lo ha manifestado en forma expresa en caso de orden público, o de leyes interpretativas o penales benignas al reo, es decir, en los casos constitucionalmente permitidos7.

La regla del efecto general inmediato puede variar cuando el legislador expresamente disponga la entrada en vigencia de la nueva ley posterior a la expedición de ésta. Se

presenta en este caso el efecto ultractivo en la aplicación de la norma anterior. En este orden de cosas, por el lapso dispuesto por el legislador, la ley que se deroga o modifica seguirá siendo aplicable.

Sobre la vigencia de la ley en el tiempo y la posibilidad en cabeza del legislador de establecer una fecha diferente a la de la promulgación para la vigencia de la norma ha dicho la Corte:

“De otra parte, en lo relativo a su vigencia, como regla general, la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella, facultad igualmente predicable del legislador extraordinario. Sobre el particular, se anotó en la sentencia C-215 de 1999, MP. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, lo siguiente:

“la potestad del legislador para establecer la fecha en que comienza la vigencia de la ley está limitada únicamente por los requerimientos del principio de publicidad, y de la otra, el deber de señalar la vigencia de la ley después de su publicación es un mandato imperativo para el Congreso y el Presidente de la República, cuando éste ha sido facultado por el legislador para cumplir esta tarea. Bien puede ocurrir que una ley se promulgue y sólo produzca efectos algunos meses después, o que el legislador disponga la vigencia de la ley a partir de su sanción y su necesaria promulgación, en cuyo caso, una vez cumplida ésta, las normas respectivas comienzan a regir, es decir, tienen carácter de obligatorias”.”8

La prohibición general de la aplicación retroactiva de una norma puede verse relacionada con el desconocimiento de la ultractividad expresamente señalada en la ley. En efecto, en

caso de que, con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, según el plazo señalado por el legislador, se juzguen hechos sucedidos antes de tal entrada en vigencia, se estará dando aplicación retroactiva a la norma que estando vigente al momento del juicio no lo estuvo en el tiempo de la realización de los hechos juzgados. En este caso, dos faltas se conjugan en el juez que aplique de tal manera la norma: la aplicación retroactiva de una norma –no siendo ésta la regla general- y el desconocimiento de la ultractividad expresamente señalada.

Es de anotar que el desconocimiento judicial de las disposiciones legislativas relativas a la aplicación de la ley en el tiempo se agrava una vez la Corte Constitucional ha declarado la exequibilidad de una norma que consagraba la ultractividad –como sucedió en el caso del artículo 88 de la Ley 472 de 1998-.

Por otra parte, la ley puede ser aplicada con efectos retrospectivos. En este caso, la nueva ley se aplica a las consecuencias de un hecho ocurrido bajo el imperio de la ley precedente. Esta figura se diferencia de la retroactividad en el hecho de que la nueva ley entra a regir las consecuencias nuevas de un hecho antiguo. Es decir, los efectos realizados hasta la iniciación de la vigencia de la nueva ley se rigen por la ley antigua y la ley nueva entra a regir los efectos posteriores. La finalidad de la consagración de la retrospectividad es evitar que se perpetúe la configuración de injusticias sociales –especialmente en materia laboral9- so pretexto de que empezaron a consolidarse en el pasado o tienen su origen en un hecho pasado y, por tanto, no se podría aplicar retroactivamente la ley.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Observe el lector que hablamos de realización del supuesto y nacimiento de las consecuencias normativas, no de ejercicio de éstas. Los derechos y deberes expresados por la disposición de la ley nacen en el momento en que el supuesto se realiza, aun cuando sean

posteriormente ejercitados y cumplidos o no lleguen nunca a ejercitarse ni a cumplirse. Habrá que tomar también en cuenta la posibilidad de que las obligaciones derivadas de la realización de un supuesto no sean exigibles desde el momento en que nacen. Incluso en esta hipótesis, tales obligaciones existen, aun cuando su cumplimiento no pueda reclamarse desde luego. Si una ley nueva las suprime o restringe, es necesariamente retroactiva, aun cuando al iniciarse su vigencia no sean exigible todavía."10(subrayas ajenas al texto)

En este orden de ideas, para que se aplique una norma nueva a los efectos de un hecho acaecido previamente a su vigencia se debe autorizar expresamente tal aplicación so pena de estar desconociendo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley.

En lo relativo a la aplicación de la ley procedimental se observa, prima facie, el principio del efecto general inmediato. Así las cosas, todos los actos que se juzguen a partir de la vigencia de la ley procesal deberán regirse por la ley nueva, a menos que se trate de una ley procesal sustantiva, caso en el cual debe respetarse el criterio de aplicación de la norma más favorable11.

Puede suceder que una ley que es nominalmente procedimental contenga artículos de carácter no procesal, sino sustantivo. En este caso, a las normas procedimentales se les aplicará el efecto general inmediato, incluso sobre actos previos a la expedición de la ley. No obstante, las normas sustanciales contenidas en la ley procedimental no podrán cobijar hechos previos a su vigencia, así éstos sean juzgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley procedimental. La posibilidad de consagración de normas materialmente sustanciales dentro de leyes nominalmente procedimentales ha sido analizada por esta Corporación en los siguientes términos:

“6. Con todo, dentro del conjunto de las normas que fijan la ritualidad de los procedimientos, pueden estar incluidas algunas otras de las cuales surgen obligaciones o derechos substanciales. En efecto, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos substanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva. Para no contrariar la Constitución, la ley procesal nueva debe respetar los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de este tipo de disposiciones materiales, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales.”12(subrayas ajenas al texto)

Como se observa en el aparte trascrito, la ley procesal nueva no puede desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de disposiciones materiales previas, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales. En el mismo orden de cosas, las disposiciones materiales o sustanciales nuevas contenidas en la ley procesal tampoco pueden aplicarse para juzgar actos que hayan acaecido previamente a su entrada en vigencia.

Para diferenciar claramente lo que es una norma sustancial de aquello que es una de tipo procesal, vale la pena señalar lo que ha dicho esta Corporación. La Corte Constitucional, siguiendo al Consejo de Estado, ha señalado que “una norma sustancial es cualquier regla de derecho positivo que otorga derechos e impone obligaciones a favor de los administrados”13. En lo relativo a las normas de tipo procedimental, ha señalado la Corporación que éstas pueden ser clasificadas en dos clases: “1. Las que tienen contenido sustancial y 2. Las simplemente procesales, es decir, aquellas que se limitan a señalar ciertas ritualidades del proceso que no afectan en forma positiva ni negativa a los sujetos procesales.”14 En este orden de ideas, sólo se entenderán como estrictamente procesales aquellas que se restrinjan a señalar meras ritualidades del proceso, sin trascendencia en los derechos sustantivos de

las partes.

(ii) Una vez analizados los efectos de la ley en el tiempo, como se anunció, la Sala abordará en términos genéricos la institución de las obligaciones solidarias, en particular, las obligaciones solidarias en el aspecto pasivo.

Dentro de las obligaciones modales, se encuentran aquéllas cualificadas según el sujeto. Dentro de éstas están las obligaciones solidarias pasivas las que se caracterizan porque, a pesar de tener objeto divisible y pluralidad de sujetos, colocan a cada deudor en la necesidad de pagar la totalidad de la deuda15, y, por tanto, impide la divisibilidad de ésta16.

Las fuentes de este tipo de obligaciones son taxativas. Sólo se contemplan como tales la ley y la convención, según lo dispuesto en el artículo 1568 del Código Civil de acuerdo con el cual:

“En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley” (subrayas ajenas al texto)

La excepción a la regla general de la necesidad de declaración expresa, o no presunción, de la solidaridad17 la constituyen ciertas obligaciones comerciales (artículo 825 Código de Comercio), en las cuales ésta se presume. En el resto del ordenamiento jurídico se aplica lo dispuesto en el artículo 1568 del Código Civil.

La finalidad de la solidaridad pasiva es buscar que con la multiplicación de sujetos pasivos se multipliquen igualmente los patrimonios que directamente respondan por el cumplimiento total de la obligación18.

Por último, es preciso fijar que el establecimiento de la responsabilidad solidaria es un mandato a todas luces de carácter sustantivo, toda vez que impone obligaciones en cabeza del responsable solidario frente a los sujetos activos de la relación jurídica.

(iii) Analizadas las diferentes posibilidades de aplicación de la ley en el tiempo y estudiada la institución de la responsabilidad solidaria se impone señalar que: en caso de que una norma sustantiva establezca una responsabilidad solidaria, esta disposición no podrá ser aplicada a supuestos de hecho previos a su vigencia, incluso si algunas de las consecuencias derivadas de estos supuestos se materializan con posterioridad a la entrada en vigencia. De lo contrario, se estaría aplicando retroactivamente la nueva ley.

(iv) A la luz de las consideraciones expuestas, la Corte entrará a demostrar cómo en la Sentencia del Consejo de Estado cuestionada en la presente providencia se incurrió en una

vía de hecho de carácter sustantivo, por la naturaleza de la norma que fue aplicada a pesar de ser manifiestamente inaplicable, teniendo en cuenta los criterios de aplicación de la ley en el tiempo, lo cual implica, a su vez, el desconocimiento del principio de legalidad.

El Consejo de Estado, Sección Primera, señala en el fallo de segunda instancia de tutela que la solidaridad de los representantes legales por los daños al patrimonio del Estado derivados de una contratación no era una institución nueva al momento de la entrada en vigencia de la Ley 47219. En términos del Consejo, el hecho de que, según el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, "el funcionario pueda ser declarado solidariamente responsable con quienes concurran al hecho no hace de esta norma una sustancialmente distinta de la prevista en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, pues ésta no excluye la solidaridad por cuanto esa situación jurídica está implícita en la coparticipación o concurrencia en conductas o hechos que generen responsabilidad."

La Corte observa que el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, primero, está consagrado como uno de los principios, cuya finalidad deóntica es guiar la interpretación para la aplicación de la Ley 80, mas no como una norma individual y directamente aplicable. Además, si bien se refiere a los servidores públicos no indica, particularmente a los representantes legales como responsables de los daños al patrimonio público, como sería indispensable para endilgarle la responsabilidad a la luz del principio de legalidad. En efecto, la norma señala:

"ARTICULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

(…)

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. (…)"

De los términos en que se señala la responsabilidad no se puede deducir, sin incurrir en arbitrariedades hermenéuticas, que en caso de que se genere un daño al patrimonio estatal deberán responder los representantes legales, si su actuación fue contraria a derecho y determinante para la configuración del perjuicio. Es claro que en el artículo 26 no hay una sanción clara y plenamente establecida, sino un respaldo a un futuro y eventual castigo de una conducta en particular.

Por otra parte, la Sala observa que el argumento relativo a la aplicación del artículo 26 de la Ley 80 para atribuir la responsabilidad solidaria de Mauricio Cárdenas nunca fue expuesto en la providencia del Consejo de Estado ahora cuestionada. Así como no es dable a los actores que pretenden cuestionar la validez de una providencia judicial esgrimir argumentos nuevos diferentes a los discutidos en el trámite procesal, tampoco es dable a las instancias judiciales cuestionadas argumentar la validez de su fallo a través de razones jamás expuestas en la sentencia objetada. Lo anterior, porque se estaría vulnerando el derecho de defensa de las partes al no permitírseles controvertir los argumentos judiciales en sede ordinaria.

De otro lado y continuando con el argumento relativo a la posibilidad de juzgar a Mauricio Cárdenas como responsable solidario a la luz del artículo 26 de la Ley 80, la Sala Plena encuentra que del tenor literal de este artículo sólo se pueden derivar responsabilidades puras y simples de los servidores públicos que intervengan en los procesos de contratación estatal. Así las cosas, la solidaridad, que requiere declaración expresa (artículo 1568 inciso 3º Código Civil), no se puede derivar de una norma que ni siquiera menciona obligaciones complejas según su sujeto.

La Corte encuentra que el artículo 40 se constituye como mandato nuevo que, como norma sustancial, sólo puede tener efectos a futuro, so pena de desconocer el principio de legalidad.

Al no estar vigente con anterioridad a la ocurrencia de la conciliación entre Dragacol y el Ministerio una norma que indicara que los representantes legales de las entidades afectadas en su patrimonio por actuaciones contrarias a la moralidad administrativa responderían de manera solidaria, debido a la vigencia posterior del artículo de la Ley 472, en virtud de lo dispuesto por el artículo 88 de ésta, era imposible juzgar a la luz del artículo 40 el comportamiento de Mauricio Cárdenas.

Como se mencionó en los considerandos generales de este numeral, la falta del funcionario judicial se agrava cuando desconoce la ultractividad fijada en una norma cuya constitucionalidad ya había sido declarada por la Corte Constitucional. Tal situación aconteció en el caso de Mauricio Cárdenas, como se expondrá.

La Corte Constitucional tuvo oportunidad de estudiar la validez del artículo 88 de la Ley 472. En esta ocasión, la Corporación estimó que:

"(…) es al legislador a quien compete decidir el momento en el cual la ley ha de empezar a regir, potestad que incluye la de disponer una fecha determinada en que aquélla comenzará a regir, atendiendo a los criterios que estime justifican de manera razonable esa entrada en vigencia.

En consecuencia, cuando el artículo acusado determina que la ley 472 de 1998 rige un año después de su promulgación, lo hace en ejercicio de las atribuciones de que está investido. Al respecto, esta Corporación ha señalado :

"Es al legislador a quien corresponde decidir el momento en el que la ley ha de empezar a

regir, cuya potestad puede ejercer, expidiendo una ley especial en la que regule en forma genérica este asunto (siempre y cuando el mismo legislador no hubiera señalado en el texto de la ley respectiva la fecha de vigencia), o incluyendo en la misma un precepto donde expresamente señale la fecha en que ésta comienza a regir. De ahí que la potestad del legislador para establecer la fecha en que comienza la vigencia de la ley está limitada únicamente por los requerimientos del principio de publicidad, y de la otra, el deber de señalar la vigencia de la ley después de su publicación es un mandato imperativo para el Congreso y el Presidente de la República, cuando éste ha sido facultado por el legislador para cumplir esta tarea. Bien puede ocurrir que una ley se promulgue y sólo produzca efectos algunos meses después, o que el legislador disponga la vigencia de la ley a partir de su sanción y su necesaria promulgación, en cuyo caso, una vez cumplida ésta, las normas respectivas comienzan a regir, es decir, tienen carácter de obligatorias."20

Cabe agregar, que siendo esta ley de carácter ordinario en cuanto desarrolla el mandato del artículo 88 de la Carta Política, el legislador puede, sin quebrantar los preceptos superiores, determinar que ésta sólo producirá efectos un año después de su promulgación. En este caso, se tuvieron en cuenta circunstancias como la congestión de los despachos judiciales y la difícil situación de las finanzas públicas para poner en funcionamiento los juzgados administrativos que serán los competentes para resolver una gran parte de las acciones de grupo y populares que se instauren. Tratándose de acciones poco conocidas por la ciudadanía, es lógico que el legislador haya previsto un lapso prudencial y adecuado, que permita promocionar y difundir los derechos colectivos, así como las citadas acciones. En tal virtud, se declarará exequible esta disposición."21

A la luz de tales consideraciones, la Corte declaró exequible el artículo 88 de la Ley 472 de 1998.

El fallo del Consejo de Estado fue posterior a la Sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 88. En este orden de ideas, la falta del Consejo de Estado se agravó, pues desconoció la vigencia de la Ley 472 en fecha posterior, vigencia que había sido avalada por la Corte Constitucional.

Es de precisar que cuando el artículo 29 constitucional señala que nadie podrá ser juzgado sino de conformidad a leyes preexistentes, tal preexistencia hace referencia a leyes vigentes preexistentes. Si una ley ha sido aprobada pero aún no ha entrado en vigencia no puede entenderse que la ley sea preexistente al hecho ocurrido entre la aprobación y la entrada en vigencia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Sólo se podría haber aplicado retroactivamente el artículo 40 si existiera una norma previa que estableciera la responsabilidad solidaria del representante legal y la disposición del artículo 40 fuera más favorable. Sin embargo, como se analizó, no existía norma previa que fijara tal responsabilidad en la forma que exige el principio de legalidad, motivo por el cual se debe conservar incólume la irretroactividad.

En lo relativo a la naturaleza de las sentencias, teniendo en cuenta que éstas se dividen en declarativas –que tienen por objeto la declaración de existencia o inexistencia de un derecho-, de condena –que tiende a que se le imponga al demandado el cumplimiento de una prestación- y constitutiva –que crea modifica o extingue un estado jurídico-, la Sentencia del Consejo de Estado que atribuyó responsabilidad solidaria a Mauricio Cárdenas estaría clasificada como una sentencia de condena y, en este orden de cosas debía estar fundada en una norma sustancial previamente existente.

No obstante, el Consejo desconoció este aspecto en el numeral sexto del fallo cuestionado. En este caso, la Sentencia del Consejo de Estado se fundamentó en la Ley 472 de 1998, artículo 40, inciso segundo, cuya vigencia era posterior a la ocurrencia del hecho dañino, a

saber, la conciliación celebrada entre el Ministerio y Dragacol.

Por ende, el Consejo de Estado incurrió en vía de hecho lo que conlleva que la tutela prospere y, en consecuencia, se deje sin efectos, exclusivamente, el numeral sexto de la parte resolutiva de la Sentencia del 31 de mayo de 2002.

Demostrada la vía de hecho por desconocimiento del principio de legalidad, la Sala entrará a hacer ciertas precisiones acerca de la firmeza de los efectos del fallo de la acción popular cuestionada.

1.2. Firmeza de la Sentencia del 31 de mayo de 2002 del Consejo de Estado, Sección Cuarta

En virtud de que el objeto de la presente tutela era única y exclusivamente la validez a la luz del debido proceso del numeral 6º de la Sentencia del 31 de mayo de 2002 del Consejo de Estado, Sección Cuarta, proferida en el proceso de acción popular, todos los demás aspectos de la sentencia mantiene la plenitud de sus efectos.

Entre los aspectos que permanecen incólumes se encuentra la declaración de que la conciliación celebrada vulneraron los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y el patrimonio público y la orden de reembolso por las sociedades condenadas al Estado del dinero indebidamente pagado.

Por último, se precisa que en la presente sentencia de tutela no se emite juicio alguno sobre la conducta de quienes participaron en la conciliación, sino que se juzga el punto sexto de la

parte resolutiva de la sentencia del Consejo de Estado cuestionada.

En este orden de cosas, no es procedente pronunciarse sobre la responsabilidad individual del ex ministro Mauricio Cárdenas Santamaría, toda vez que ese no es el objeto de la tutela presentada.

En consideración a lo anterior, tampoco es pertinente pronunciarse sobre las posibles acciones o recursos que puedan proceder contra el señor Mauricio Cárdenas, por ser ajenas a la presente tutela.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- Revocar las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta y la Sección primera del Consejo de Estado el 4 de septiembre de 2003 y el 30 de enero de 2004 y, en su lugar, conceder la tutela al derecho fundamental al debido proceso de Mauricio Cárdenas Santamaría.

Segundo.- En consecuencia, dejar sin efectos exclusivamente el numeral sexto de la sentencia AP-300 proferida el 31 de mayo de 2002 por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, al decidir sobre la acción popular, en virtud de la cual se declara responsable solidario por el valor no recuperado de lo pagado en exceso, a Mauricio Cárdenas Santamaría en su calidad de ex ministro de Transporte. En lo demás, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, queda en firme.

Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor RODRIGO ESCOBAR GIL, no firma la presente sentencia por cuanto no participó en la decisión, al haber sido aceptado el impedimento manifestado en su oportunidad.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

SECRETARIA GENERAL

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA SU.881/05

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas de procedibilidad/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reemplazo de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad” (Salvamento de voto)

La determinación de la Corte Constitucional no se ajusta a los lineamientos constituciones ni jurisprudenciales de la configuración de una vía de hecho en una sentencia judicial -o como se ha dado en llamarla recientemente esta Corporación: la configuración de “supuestos de procedibilidad para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por incurrir en defectos procedimentales, sustanciales y fácticos”, que ameriten la anulación de lo ordenado en una sentencia judicial, a través de una orden de tutela.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA-Interpretación que Juez Popular hizo al decretarla con fundamento en Constitución y Ley 80/93 (Salvamento de voto)

La Sección Primera del Consejo de Estado en la sentencia de tutela de segunda instancia corroboró la racionalidad de los fundamentos que soportaron la declaratoria de la responsabilidad solidaria en cabeza del ex ministro Cárdenas Santamaría. En dicho sentido, demostró la conformidad constitucional de la interpretación que el juez popular hizo de la posibilidad de decretar la mencionada responsabilidad con fundamento en los principios contenidos en la Constitución y el la Ley 80 de 1993; y sólo marginalmente en el artículo 40 en comento. En este orden, la Sala no conservó adecuadamente la esencia constitucional de procedencia de la tutela contra sentencias, la cual procura atender a la necesidad que todos los ciudadanos en todas sus actuaciones, incluidas las autoridades judiciales, estén

sometidos de manera efectiva al orden constitucional. Por ello – contrario sensu -, si la decisión de un juez está sustentada en la Constitución y/o sobre interpretaciones de ésta que resultan compatibles con sus propios principios, no se pueden anular sus efectos mediante la orden de una tutela. El supuesto para esta anulación es que la sentencia en sí misma vulnere la Constitución. Esta vulneración se da porque (i) no se aplican las normas constitucionales vigentes o se aplican normas declaradas inexequibles, y porque (ii) su aplicación deriva o se desarrolla a partir de una interpretación contraria a ella. En el presente caso ninguno de estos supuestos se dio. Esta responsabilidad encontrada por el juez popular, no fue para nada instituida por primera vez en 1999, mediante la ley 472 de 1998. Por el contrario, tal como se presenta en los fundamentos del fallo de la Acción Popular, ésta ha estado vigente en la Constitución de 1991 y en los principios generales del Estatuto General de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993).

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Se debe hacer análisis material de los defectos o supuestos de procedibilidad (Salvamento de voto)

La posibilidad de anular los efectos de una decisión judicial mediante una orden de tutela, esto es, la procedibilidad de tutelas contra sentencias judiciales, no supone simplemente la verificación mecánica de la existencia de uno o varios de los tipos de defectos que la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado. La determinación de estos defectos o supuestos de procedibilidad del amparo en las sentencias judiciales, supone también su análisis material. Pues es éste el que puede dar cuenta al juez de tutela de la vulneración de la Constitución, bien por vía de no aplicar o por aplicarla a partir de interpretaciones ajenas a sus propios postulados. La mera descripción del supuesto defecto, es apenas una referencia a la posibilidad que con el pronunciamiento judicial en cuestión se han podido vulnerar principios constitucionales. Por ello es necesario llenar de contenido la aplicación de los supuestos de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, mediante el estudio material del defecto del que presuntamente adolece el fallo. Esto es, precisar su dimensión como error frente a lo que dispone el orden constitucional. La incursión en uno de los supuestos que hace procedente el amparo contra sentencias, por sí solo no cobra el peso

suficiente para cesar los efectos de la decisión judicial, por orden del juez constitucional. Es indispensable que de dicha situación se desprenda una clara vulneración a la Constitución. De otra manera, se corre el riesgo de revocar fallos judiciales cuyos defectos tenían, sólo en apariencia, entidad suficiente que justificara su anulación.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que no se realizó por Consejo de Estado una interpretación inconstitucional, abusiva o arbitraria (Salvamento de voto)

La única manera de anular los efectos de la orden judicial del juez popular por vía de la acción de tutela, era bajo la convicción que la otra interpretación era igualmente contraria a la Constitución. Esto es, que aquella interpretación según la cual el aparte cuestionado del fallo derivó de normas y principios constitucionales y legales distintos al artículo 40 de la Ley 472 de 1998, resultaba manifiesta y claramente irrazonable y arbitraria frente a la Constitución. De ello se concluye, que no se realizó una interpretación inconstitucional, abusiva o arbitraria, por parte del Consejo de Estado al establecer la responsabilidad del ex ministro Cárdenas Santamaría. Por el contrario, se trató de una decisión acorde con los mandatos señalados en el artículo 88 superior, en el sentido de preservar el patrimonio y la moralidad pública. Considero que el sólo hecho de hallar una alternativa hermenéutica y presentarla como contraria a la Constitución, sin revelar que las demás alternativas de las que han hecho uso otros jueces son igualmente contrarias a la Constitución; no satisface suficientemente la naturaleza de la revisión constitucional de la que pueden ser objeto las sentencias judiciales.

DEBER DE AUTORIDADES DE CUIDAR PATRIMONIO PUBLICO Y RECUPERARLO CUANDO SE HA DESVIADO-Caso en que al revocarse sentencia de juez popular se cerró posibilidad de condena patrimonial (Salvamento de voto)

Lo correcto era que la Corte ordenara al Consejo de Estado rehacer la sentencia de Acción Popular. Esto hubiera configurado una simple corrección en que se prescindiera de la referencia al articulo 40, pero se mantuviera la declaratoria de responsabilidad jurídicamente demostrada a lo largo del proceso. Por demás, en presencia de semejante opción para corregir el defecto que presentó y sustentó la Corte, se refuerza el argumento según el cual no es suficiente declarar la incidencia de una sentencia judicial en un supuesto de procedibilidad de tutela, sin revisar su entidad frente al orden constitucional. Es decir, sin revisar si se viola o no la Constitución. Ahora bien, como quiera que la Corte revocó la sentencia del juez popular en dicho aparte, anulando la declaratoria de responsabilidad solidaria del actor; cerró con ello la posibilidad para que se condenara patrimonialmente a quien dentro de un proceso judicial resultó responsable del acto mediante el que se vulneraron los intereses colectivos de moralidad administrativa y cuidado del patrimonio público. Debido a esto, se irrespeta de manera flagrante el principio constitucional que soporta el deber de las autoridades de cuidar el patrimonio público y recuperarlo cuando éste se ha desviado.

Referencia: expediente T-864943

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

1.- Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Sala, el suscrito Magistrado procede a sustentar el salvamento de voto manifestado en la Sala Plena respecto de la sentencia SU- 881 de 2005.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

* El ciudadano Mauricio Cárdenas Santamaría, en ejercicio del cargo de Ministro de Transporte suscribió acta de conciliación en representación de dicho Ministerio con la empresa DRAGACOL S.A, por virtud de contratos celebrados entre ambas partes; en el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 6 de noviembre de 1998. Mediante dicha conciliación se obligó el Ministerio al pago de una cuantiosa suma de dinero a la empresa en comento.

* La Contraloría General de la República adelantó investigación fiscal respecto de la conciliación mencionada y de quienes en ella participaron. A su turno, el ente de control junto con el ciudadano Jaime Botero Correa, interpusieron Acción Popular para que se protegieran los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, los cuales consideraron vulnerados con la celebración de la conciliación referida.

* En segunda instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado resolvió la Acción Popular, y dispuso entre otros, la protección de los derechos colectivos invocados por los demandantes, dejó sin efectos el Acta de Acuerdo Conciliatorio a que se ha hecho referencia, ordenó al Ministerio abstenerse de seguir con los pagos y a la empresa DRAGACOL S.A a reintegrar la suma correspondiente a lo recibido en exceso; y, en el numeral sexto de la sentencia de Acción Popular, declaró al ex ministro Cárdenas como responsable solidario de DRAGACOL S.A por el valor no recuperado de lo pagado en exceso por el Ministerio.

* Cárdenas Santamaría interpuso acción de tutela contra esta sentencia de Acción Popular, pues en su parecer en ésta se incurrió en una vía de hecho, debido a que el mencionado numeral sexto que lo declaró responsable solidario por el valor no recuperado de lo pagado

en exceso, violó su derecho fundamental al debido proceso al vulnerar su derecho de defensa. Entre otros argumentos, esgrimió que “la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 40 inciso 2º de la Ley 472 de 1998 se aplicó retroactivamente en la sentencia impugnada. Según el demandante, el Consejo de Estado debió haber observado que si bien la Ley 472 se promulgó el 15 de agosto de 1998, por disposición de la misma norma entró a regir el 5 de agosto de 1999, es decir, después de la fecha en la cual se produjo la conciliación, a saber, 6 de noviembre de 199822. Como quiera que el anterior argumento fue el que la mayoría de la Honorable Sala Plena acogió para revocar la decisión de tutela revisada, no se hará mención al resto de los argumentos.

* De la acción de tutela interpuesta contra la decisión de la Acción Popular, conoció en primera instancia la Sección Quinta del Consejo de Estado. Ésta denegó el amparo con fundamento en la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales. En segunda instancia, la Sección Primera de esa misma Corporación, confirmó el fallo impugnado, pero presentó para ello razones de fondo, las cuales son la base del presente salvamento de voto, por lo que haré referencia a ellas más adelante.

3.- En sede de revisión por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional, se emitió la presente sentencia en la que se resolvió revocar las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta en primera instancia el 4 de septiembre de 2003 y por la Sección Primera en segunda instancia el 30 de enero de 2004, y en su lugar se concedieron las pretensiones de la tutela interpuesta por el ciudadano Mauricio Cárdenas Santamaría.

Como consecuencia de la revocatoria de las anteriores sentencias de tutela se dejó sin efectos el numeral sexto de la sentencia de Acción Popular (AP-300 de mayo 31 de 2002), fallada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el cual declaró responsable solidario por el valor no recuperado de lo pagado en exceso a Mauricio Cárdenas Santamaría, en su calidad de ex ministro de transporte. Por demás, la presente sentencia de revisión dejó en firme los restantes numerales de la parte resolutiva de la sentencia de Acción Popular.

4.- En mi opinión, la anterior determinación de la Corte Constitucional no se ajusta a los lineamientos constituciones ni jurisprudenciales de la configuración de una vía de hecho en una sentencia judicial -o como se ha dado en llamarla recientemente esta Corporación: la configuración de "supuestos de procedibilidad para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por incurrir en defectos procedimentales, sustanciales y fácticos23", que ameriten la anulación de lo ordenado en una sentencia judicial, a través de una orden de tutela. Pasaré entonces a sustentar esta posición, reconstruyendo la argumentación de la Sala para luego presentar las razones por las cuales me aparto de ella.

5.- En consideración de la Sala, y según la nueva terminología utilizada por la Corte, la sentencia de Acción Popular incurrió en el supuesto de un defecto de carácter sustantivo que hace procedente la acción de tutela como mecanismo judicial para corregir la vulneración del derecho al debido proceso. Este supuesto consiste pues, en que la decisión judicial impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable al caso24. Esto fue fundamentado en las siguientes razones:

* La Corte consideró que en el presente caso la declaración de Cárdenas Santamaría como responsable solidario se basó en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 40 de la ley 472 de 1998. Pues manifestó el Consejo de Estado en la sentencia de Acción popular que: "[p]ara esta Corporación, el entonces Ministro de Transporte Mauricio Cárdenas Santamaría, estuvo enterado del curso de la conciliación y fue quien planteó la decisión definitiva, por lo cual deberá responder solidariamente con DRAGACOL S.A., de conformidad con los términos del inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998"25

* Así, y como quiera que la mencionada ley no estaba vigente al momento del hecho que generó la responsabilidad (la conciliación entre el Ministerio y DRAGACOL), resultaba manifiestamente inaplicable al caso. Es decir, que la disposición que da sustento normativo a

la sentencia en dicho aparte, no había entrado en vigencia el día en que se celebró la conciliación26.

* Lo anterior, por cuanto de conformidad con la regla general de aplicación de las normas en el tiempo, las leyes no tienen efectos retroactivos. Además de que “la Sentencia del Consejo de Estado que atribuyó responsabilidad solidaria a Mauricio Cárdenas estaría clasificada como una sentencia de condena (…), [por lo que] debía estar fundada en una norma sustancial previamente existente27”. De este modo, si el artículo 40 mencionado no estaba vigente al momento en que ocurrieron los hechos generadores de la responsabilidad, “no existía norma previa que fijara tal responsabilidad en la forma que exige el principio de legalidad, motivo por el cual se debe conservar incólume la irretroactividad”.

* Adicionalmente, la Sala argumentó que el yerro de la aplicación retroactiva por parte del Consejo de Estado del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, se agrava si se tiene en cuenta que la norma aplicada retroactivamente es una norma de carácter sustancial por cuanto establece claramente una obligación que puede vincular jurídicamente a un particular. Frente a esto se estipuló en la sentencia, en los términos de la C-619 de 2001, que salvo disposición explícita en contrario y salvo el caso de algunas normas laborales, cuando el carácter de la norma es sustancial sus efectos son inmediatos y no pueden ser retroactivos so pena de no respetar derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Por ello la retroactividad del artículo que sustentó la responsabilidad solidaria del demandante de tutela, no es aceptable ni derivable de ninguna norma o principio vigente en nuestro ordenamiento.

6.- A su vez, con la anterior argumentación, encontró la mayoría de la Sala Plena de la Corte Constitucional que se desvirtuaba lo planteado por el juez de tutela ad quem. Sin embargo, con el respeto advertido, disiento de esta apreciación. A mi modo de ver, la Sección Primera del Consejo de Estado en la sentencia de tutela de segunda instancia corroboró la racionalidad de los fundamentos que soportaron la declaratoria de la responsabilidad solidaria en cabeza del ex ministro Cárdenas Santamaría. En dicho sentido, demostró la

conformidad constitucional de la interpretación que el juez popular hizo de la posibilidad de decretar la mencionada responsabilidad con fundamento en los principios contenidos en la Constitución y el la Ley 80 de 1993; y sólo marginalmente en el artículo 40 en comento.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En este orden, la Sala no conservó adecuadamente la esencia constitucional de procedencia de la tutela contra sentencias, la cual procura atender a la necesidad que todos los ciudadanos en todas sus actuaciones, incluidas las autoridades judiciales, estén sometidos de manera efectiva al orden constitucional. Por ello – contrario sensu -, si la decisión de un juez está sustentada en la Constitución y/o sobre interpretaciones de ésta que resultan compatibles con sus propios principios, no se pueden anular sus efectos mediante la orden de una tutela. El supuesto para esta anulación es que la sentencia en sí misma vulnere la Constitución. Esta vulneración se da porque (i) no se aplican las normas constitucionales vigentes o se aplican normas declaradas inexequibles, y porque (ii) su aplicación deriva o se desarrolla a partir de una interpretación contraria a ella. En el presente caso ninguno de estos supuestos se dio.

7.- Por ello, la Sala debió tener en cuenta lo pretendido por el Juez Popular en la fundamentación de su decisión. En primer lugar, éste quiso determinar los fines que inspiran la defensa de los derechos colectivos mediante las Acciones Populares a la luz de los artículos 88 y 209 superiores, entendidas como que

“Las conductas violatorias de derechos colectivos, generadoras de la acción popular, están originadas por regla general en el ejercicio de la función regulada en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones…” Principios que son objeto de control a

través de la acción popular, con miras al estudio de los procedimientos donde presuntamente se involucran el abuso de la función administrativa en beneficio individual, y la recuperación de sumas de dinero que se desvían del patrimonio público a causa de la corrupción administrativa. Para el efecto el juez de instancia está investido de amplias facultades, derivadas de la autonomía procesal que ostenta la acción popular y de la finalidad que ésta busca, que no es otra que la protección de los derechos de la comunidad…28" (Subrayas fuera de texto)

A partir de ello pretendió determinar lo que significa el respeto por el principio constitucional de la moralidad administrativa en relación con el patrimonio público, en términos de que "[l]a 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 administrativa29". Luego, sustentó probatoriamente que el ex ministro Cárdenas estuvo enterado del curso de la conciliación y fue quien planteó la decisión definitiva, y con ello logró demostrar la ocurrencia de los elementos mínimos para que se diera la responsabilidad del representante de la entidad pública en ejercicio de actividades contractuales.

8.- Esta responsabilidad encontrada por el juez popular, no fue para nada instituida por primera vez en 1999, mediante la ley 472 de 1998. Por el contrario, tal como se presenta en los fundamentos del fallo de la Acción Popular, ésta ha estado vigente en la Constitución de 1991 y en los principios generales del Estatuto General de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993).

No declararlo de esta manera sería afirmar que antes de la entrada en vigencia artículo 40 de

la Ley 472 de 1998, no existía la responsabilidad patrimonial de las autoridades administrativas, respecto de sus conductas contractuales a nombre y con recursos del Estado.

9.- Esta argumentación es la que sigue el juez ad quem de la tutela que fue objeto de revisión mediante la sentencia de la que discrepo. Según su exposición – la cual comparto – la justificación de la decisión del Juez Popular de declarar responsable solidario al tutelante mediante la Acción Popular, radica en los principios que inspiran la vigilancia sobre los recursos públicos y la responsabilidad de quienes los manejan. Por ello dice:

"Pero considerando la fuente y demás elementos de esa responsabilidad, se observa que no se trata de una nueva norma, sino que recoge una que en desarrollo de otras superiores viene establecida en el ordenamiento jurídico colombiano, cual es justamente el artículo 26, numeral 2, de la Ley 80 de 1993, para insertarla en la acción popular como un mecanismo más de efectividad de la responsabilidad señalada en dicha norma, dada la pertinencia o correspondencia de la misma con los derechos e intereses colectivos específicos que se buscan proteger con la disposición a la que se opone el accionante, el tantas veces citado artículo 40, inciso 2, de la Ley 472 de 1998, de suerte que en rigor no es una obligación que se crea con éste sino que con él se extiende la posibilidad procesal de hacerla efectiva en la medida en que permite que también pueda ser declarada y perseguirse su cumplimiento en la acción popular

Ambas disposiciones tienen en común el sujeto pasivo de la responsabilidad, que está dado por un servidor público; la causa, en cuanto se constituye por actuaciones de dicho servidor relacionadas con un contrato estatal, y el objeto de la responsabilidad que viene a ser restablecer la afectación del erario o patrimonio público por su actuación; la consecuencia jurídica, que viene a ser la responsabilidad patrimonial y la obligación de restituir el monto

afectado, y el sujeto activo o beneficiario de la misma: El Estado, en cuanto persona o sujeto afectado en sus derechos e intereses patrimoniales, cuyo manejo y preservación han sido elevados a derechos colectivos por el legislador, y destinatario o acreedor de la restitución.

La circunstancia de que en los términos del artículo 40 de la Ley 472 de 1998 el funcionario pueda ser declarado solidariamente responsable con quienes concurran al hecho no hace de esta norma una sustancialmente distinta de la prevista en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, pues ésta no excluye la solidaridad por cuanto esa situación jurídica está implícita en la coparticipación o concurrencia en conductas o hechos que generen responsabilidad.

De modo que en lo sustancial nada nuevo se establece en el cuestionado precepto, sino que lo adicional y realmente especial es que la responsabilidad solidaria por conductas o hechos similares se pueda declarar en un ámbito procesal que antes no estaba previsto, cual es el de la acción popular bajo la perspectiva de los derechos o intereses colectivos que afecte, lo que según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sí es procedente, según atrás se expuso, ámbito en el cual, igual que en los demás, se entiende incorporado normativamente el debido proceso30”. (Subrayas fuera de texto)

10.- Tal como lo expresé más arriba, la posibilidad de anular los efectos de una decisión judicial mediante una orden de tutela, esto es, la procedibilidad de tutelas contra sentencias judiciales, no supone simplemente la verificación mecánica de la existencia de uno o varios de los tipos de defectos que la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado. La determinación de estos defectos o supuestos de procedibilidad del amparo en las sentencias judiciales, supone también su análisis material. Pues es éste el que puede dar cuenta al juez de tutela de la vulneración de la Constitución, bien por vía de no aplicar o por aplicarla a partir de interpretaciones ajenas a sus propios postulados.

11.- La mera descripción del supuesto defecto, es apenas una referencia a la posibilidad que con el pronunciamiento judicial en cuestión se han podido vulnerar principios constitucionales. Por ello es necesario llenar de contenido la aplicación de los supuestos de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, mediante el estudio material del defecto del que presuntamente adolece el fallo. Esto es, precisar su dimensión como error frente a lo que dispone el orden constitucional. La incursión en uno de los supuestos que hace procedente el amparo contra sentencias, por sí solo no cobra el peso suficiente para cesar los efectos de la decisión judicial, por orden del juez constitucional. Es indispensable que de dicha situación se desprenda una clara vulneración a la Constitución. De otra manera, se corre el riesgo de revocar fallos judiciales cuyos defectos tenían, sólo en apariencia, entidad suficiente que justificara su anulación.

12.- En el caso concreto, cuya solución no consideré conforme a lo expresado anteriormente, se confundió la disparidad de interpretaciones sobre el fundamento de la declaratoria de responsabilidad solidaria, con el hecho de transgredir el orden constitucional. No es lo mismo encontrar interpretaciones distintas a la fundamentación de una orden judicial, que establecer que la interpretación utilizada para dicho fin contraría abiertamente la Constitución.

De hecho, en una interpretación – la de la mayoría de la Sala Plena de la Corte Constitucional- de la fundamentación utilizada por el juez popular, ésta apunta a que la declaración de responsable solidario del actor, no puede tener como soporte la regla de derecho contenida en el artículo inciso segundo del artículo 40 de la Ley. En otra interpretación – la del ad quem de tutela – dicha fundamentación se soporta en contenidos normativos constitucionales y legales distintos al mencionado artículo 40.

De este modo, en la presente sentencia se concluyó, a partir de la primera interpretación, que la fundamentación del fallo impugnado había incurrido en un defecto sustantivo, pues el sustento normativo no era aplicable al caso. Con ello, la Sala no hizo más que demostrar la

existencia de una interpretación alternativa, a la justificación de la sentencia cuestionada, que resultaba violatoria de la Constitución. Pero, en tanto no demostró que la otra interpretación – la del ad quem de tutela – vulneraba gravemente la Carta, no debió anular los efectos que de ella se desprendieron.

En otras palabras, la única manera de anular los efectos de la orden judicial del juez popular por vía de la acción de tutela, era bajo la convicción que la otra interpretación era igualmente contraria a la Constitución. Esto es, que aquella interpretación según la cual el aparte cuestionado del fallo derivó de normas y principios constitucionales y legales distintos al artículo 40 de la Ley 472 de 1998, resultaba manifiesta y claramente irrazonable y arbitraria frente a la Constitución.

13.- De ello se concluye, que no se realizó una interpretación inconstitucional, abusiva o arbitraria, por parte del Consejo de Estado al establecer la responsabilidad del ex ministro Cárdenas Santamaría. Por el contrario, se trató de una decisión acorde con los mandatos señalados en el artículo 88 superior, en el sentido de preservar el patrimonio y la moralidad pública. Considero que el sólo hecho de hallar una alternativa hermenéutica y presentarla como contraria a la Constitución, sin revelar que las demás alternativas de las que han hecho uso otros jueces son igualmente contrarias a la Constitución; no satisface suficientemente la naturaleza de la revisión constitucional de la que pueden ser objeto las sentencias judiciales.

14.- Derivado de lo anterior se concluye también que la parte resolutiva de la presente debió ser distinta. Sustentado, como lo acabo de explicar, en que la sentencia de revisión proferida por esta Corporación omitió analizar la conformidad constitucional de la interpretación, que de la fundamentación del juez popular hizo el ad quem de tutela.

Así, el estudio debió girar en torno a si la regla de derecho que justificó la responsabilidad

solidaria, fue en realidad un contenido normativo novedoso en la Ley 472 de 1998; o si por el contrario dicho contenido tenía vigencia a partir de otras disposiciones legales o incluso de la misma Constitución. Para luego verificar la razonabilidad y conformidad constitucional de justificar la declaración de responsabilidad solidaria en casos como el analizado, con base en normas distintas a la contenida en el artículo 40 de la ley mencionada. Verificación esta, que fue la que en estricto sentido la Corte omitió analizar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

15.- Ahora bien, como quiera que la Corte revocó la sentencia del juez popular en dicho aparte, anulando la declaratoria de responsabilidad solidaria del actor; cerró con ello la posibilidad para que se condenara patrimonialmente a quien dentro de un proceso judicial resultó responsable del acto mediante el que se vulneraron los intereses colectivos de moralidad administrativa y cuidado del patrimonio público. Debido a esto, se irrespeta de manera flagrante el principio constitucional que soporta el deber de las autoridades de cuidar el patrimonio público y recuperarlo cuando éste se ha desviado.

En estos términos salvo el voto en la presente decisión,

Fecha ut supra,

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA SU-881 DE 2005 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

Referencia: expediente T-864943

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, con base en las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, me permito recordar que la acción popular la instauró la Contraloría y que no es que se haya absuelto al Ministro, sino que un funcionario de la Contraloría afirmó que era responsable, por lo cual emitió un preconcepto que condujo a anular lo actuado y obligó a fallar antes de que prescribiera la acción.

2. En segundo lugar, considero que en el derecho hay diversos casos en que opera la retroactividad: frente al poder constituyente no existe la irretroactividad, aún sin revolución; las leyes interpretativas también tienen carácter retroactivo, pues automáticamente se integra a la ley que interpretan; igualmente, en la aplicación de la analogía en la cual el juez crea una norma; la Corte ha dicho, así mismo, que la Ley 144 de 1994 se aplica a los casos anteriores de pérdida de investidura; las amnistías e indultos son también retroactivos, e igualmente, el control de constitucionalidad en Italia tiene efectos hacia atrás.

3. En tercer lugar, el artículo 29 de la Constitución habla de "ley preexistente", que en el presente caso existía, pues la ley 472 es del 5 de agosto de 1998 y la conciliación se firmó el 6 de noviembre siguiente. Una cosa es la validez de la ley y otra cosa, su eficacia. Por lo demás, el demandante ya conocía esa ley cuando suscribió la conciliación.

4. En cuarto lugar y en relación con el fundamento constitucional de la responsabilidad, el artículo 40 de la Constitución establece el derecho ciudadano de instaurar acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. A mi juicio, condicionar el ejercicio de una acción pública a la expedición de una ley es quitarle valor normativo a la Constitución.

En este proceso, la responsabilidad necesariamente pasa por el tema contractual, en el cual está presente, entre otros principios, el de la moralidad administrativa. La responsabilidad radica en el mal manejo contractual de un representante del Estado y la actuación del demandante fue fundamental, pues nada se podía hacer sin su firma. La condena se basa en la violación del derecho a la moralidad administrativa, que puede generar responsabilidad directamente o con otros.

Además del artículo 26, es de mencionar el artículo 4, numeral 7 de la Ley 80 de 1993 que establece responsabilidad por las indemnizaciones que se deba pagar como consecuencia de la actividad contractual, que en este caso solo declaró por una parte, a pesar de que la

actuación del Ministro fue la más importante. El que haya sido absuelto en la Contraloría o en la Fiscalía, no quiere decir que no sea responsable frente a la moralidad administrativa.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En este sentido, me permito reiterar que no se puede sentar el postulado de que las leyes nunca pueden ser retroactivas. En el presente caso, se violó la moralidad por la vía de la responsabilidad contractual y en mi concepto, el único responsable es el ex ministro pues fue quien realizó el acto más importante.

5. En quinto lugar, considero que en esta discusión se parte de un supuesto falso, pues la Corte ya definió que la responsabilidad que nos ocupa no es sancionatoria y por lo mismo no se pueden extrapolar para aplicarse los principios del derecho penal. Insisto en que de lo que aquí se trata es de la moralidad administrativa y no de la responsabilidad penal.

A mi juicio, el Consejo de Estado sí se pronunció sobre la responsabilidad directa del ministro y por ello, se le ordenó responder solamente por una parte, para evitar que tuviera que pagar dos veces. En este sentido cabe preguntar, si el juez cuando va a fallar, puede ignorar la existencia de una norma en el orden jurídico vigente.

De otra parte, opino que no es cierto que los otros procesos no afectaron o beneficiaron al actor, pues los supuestos de la responsabilidad penal y de la responsabilidad fiscal son diversos y en ambos casos se aplicaron las normas de contratación estatal. En mi criterio, el que el Consejo de Estado no haya invocado una norma de competencia, no quiere decir que no la tenga, ni que tuviera que invocar los artículos del Código Civil y del Código de Comercio para deducir la responsabilidad solidaria del ministro. Reitero que la vigencia y los efectos

de una norma son distintos y que no se puede sostener que no se pueden aplicar leyes posteriores a contratos celebrados con anterioridad (vgr. el matrimonio, el arriendo).

En síntesis, sostengo la tesis de que el Consejo de Estado tenía la competencia y se pronunció sobre la responsabilidad solidaridad, que no tiene naturaleza sancionatoria y que las leyes contractuales sí pueden ser retroactivas.

6. En sexto lugar, me permito dejar constancia por vía del presente Salvamento de Voto, de que presenté en Sala una propuesta sustitutiva de fallo, la cual ni siquiera fue sometida a votación.

Mi propuesta sustitutiva para este caso es, que la Corte debe modificar la sentencia del Consejo de Estado en el sentido de que proceda a definir la responsabilidad individual del señor Mauricio Cárdenas Santamaría, es decir, a declarar que el único directo responsable de la violación de la moralidad administrativa es el ministro Cárdenas Santamaría, como quiera que su actuación fue determinante en el presente caso.

Así, en su momento solicité que se votara acerca de mi propuesta e insistí en que en algún momento había que votar sobre mi propuesta de modificar la sentencia del Consejo de Estado, en el sentido ya expresado.

En mi sentir, debía haberse votado en primer término esta propuesta sustitutiva, por cuanto, a mi juicio, lo que ha dicho la Corte es que el señor Cárdenas Santamaría no es responsable solidariamente. Pero en mi concepto, lo es individualmente. Considero por tanto, que la decisión de esta Corte se refirió en últimas, a si hubo o no responsabilidad del demandante, respecto de lo cual sostengo que sí lo es.

7. Finalmente, me permito igualmente, con el respeto pero con la claridad de siempre, dejar constancia de que considero un atropello contra mis derechos, el hecho de que no se haya sometido a votación mi propuesta sustitutiva de fallo, puesto que lo que propone un magistrado debe ser votado. Insisto en que lo que resolvió esta Corte, fue si había o no responsabilidad solidaria del actor y al decidir que no la hay, era pertinente, en mi concepto, votar acerca de si había responsabilidad individual.

Considero que el hecho de que la propuesta sustitutiva no se sometiera a votación, constituye una violación a mis derechos como magistrado y se está cometiendo un abuso, por cuanto no se decide nada. Por esta vía se acaba el derecho de los magistrados de hacer una propuesta, toda vez que la mayoría decide cuales son las propuestas que se votan, lo cual es grave para la democracia judicial.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

1 Aunque este trámite de conciliación no se llevó a cabo, obra a folios 185 a 191 del

cuaderno 7 la solicitud suscrita por el Ministro de Transporte Marín Bernal y el representante legal de DRAGACOL S.A., Bray Bohórquez, en los términos señalados. De esta comunicación y la respuesta a la demanda dan cuenta tanto la Contraloría (Auto N° 0026-99 del 13 de enero de 2000, folios 121 y 122 del cuaderno 6), como la Fiscalía en el Auto del 26 de diciembre de 2000 (folios 213 y 214 del cuaderno 4) .

2 Según señala la apoderada del ex ministro Cárdenas a folio 446 del cuaderno 3, éste fue informado por su antecesor Rodrigo Marín Bernal de la existencia del Tribunal de Arbitramento y las pretensiones de DRAGACOL S.A.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

4 Ver Sentencia T-350/98 M.P. Hernando Herrera Vergara (En esta ocasión se estudiaba la vía de hecho existente en un proceso disciplinario adelantado por indebido ejercicio de la abogacía. La Corte concedió la tutela por estimar que “el desistimiento realizado por el actor, con plena facultad para ello y sin perjuicio alguno acreditado en el expediente para su poderdante, constituye una actuación que no reviste una conducta dolosa o perjudicial para los intereses de éste” cuestión que se había asimilado al abandono o descuido del proceso aplicándose una analogía desfavorable y contrariándose el principio de tipicidad en materia sancionatoria. Además, en el proceso no existían pruebas suficientes para deducir un actuar intencionalmente perjudicial para el representado.). En el mismo sentido ver Sentencia T-458/98 y T-1574/00, M.P. José Gregorio Hernández G.

5 ST-231/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.)

6 Ver Sentencia T-008/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz,(En esta ocasión, la Corte estudiaba la supuesta vía de hecho por haber tenido en cuenta una prueba nula de pleno derecho en un proceso penal. La Corporación, después de determinar que en el proceso existía un testimonio recaudado con reserva de identidad obtenido contrariando el debido proceso, encontró que esto no constituía vía de hecho porque dentro del proceso esa no era la única prueba en contra del sindicado. Sólo de basarse un proceso únicamente en la prueba inválidamente obtenida se hubiera constituido vía de hecho en el mismo)

7 NOGUERA Laborde, Rodrigo, Introducción General al Derecho Vol. II, Serie Major –6, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá 1996, pp. 161 y 162

8 Ver Sentencia C-957/99, M.P. Álvaro Tafur Galvis

9 Ver Sentencia T-439/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero

10 GARCÍA Maynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrua, México 2002, pp. 398 a 399

11 Ver Sentencia C-251/01, M.P. Carlos Gaviria Díaz

12 Ver Sentencia C-619/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

13 Ver Sentencia T-1169/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil

14 Ver Sentencia C-252/01, M.P. Carlos Gaviria Díaz

15 OSPINA Fernández, Guillermo, Régimen General de las Obligaciones, Bogotá, Temis 1987, p. 257

16 Ibídem, p. 258; CUBIDES Camacho, Jorge, Obligaciones, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 3ª edición 1996, p. 47

17 OSPINA Fernández, op. cit., p. 258; CUBIDES Camacho, Jorge, Obligaciones, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 3ª edición 1996, p. 48

18 OSPINA Fernández, op. cit., p. 260. En el mismo sentido, CUBIDES Camacho, Jorge, Obligaciones, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 3ª edición 1996, p. 54

19 Si bien la Ley 472 de 1998 fue expedida el 5 de agosto de 1998, por disposición del artículo 86 entró a regir a partir de agosto de 1999, un año después de su promulgación.

20 Sentencia C-492/97, M.P. : Dr. Hernando Herrera Vergara

21 Ver Sentencia C-215/99, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

22 Subrayas fuera de texto.

23 C-590 de 2005

24 Este tipo de defecto es lo que la Corte había llamado anteriormente vía de hecho por defecto sustantivo. Ver entre otras sentencias la T-008 de 1998.

25 Dicho artículo dispone que "…cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades en la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del organismo o entidad contratante o contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso".

26 La ley 472 de 1998, según su artículo 88, entró a regir el 4 de agosto de 1999. Mientras que el Acta Conciliatoria, cuya celebración es la que se considera no ajustada a derecho, entre el Ministerio de Transporte y DRAGACOL S.A se firmó el 6 de noviembre de 1998.

27 Subrayas fuera de texto.

28 Consejo de Estado – Sala Contencioso Administrativa – Sección Cuarta. AP- 300 de mayo 31 de 2002. M.P. Ligia López Díaz

29 Ibídem

30 Consejo de Estado – Sala Contencioso Administrativa – Sección Primera. Tutela Rad …2003 00384 02, de enero 30 de 2004. M.P Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta.