

# La Nulidad de los contratos Estatales en las acciones populares Un estudio doctrinal a la teórica jurisprudencial del consejo de Estado colombiano

JORGE PADILLA SUNDHEIN \*, JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ \*\*

*\*Abogado, Magíster en Derecho Administrativo, gerente de la Organización Jurídica Padilla Sundhein Abogados & Consultores Asociados.*

*\*\*Abogado, con Estudios de Postgrado en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca (España), Derecho Administrativo de la Universidad Libre, actualmente Estudiante de Postgrados en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia, abogado Seniors del Bufete Padilla Sundhein Abogados & Consultores Asociados*

Recibido: Abril 2008  
Aceptado Junio 2008

## RESUMEN

*Este artículo forma parte de la investigación que adelantó el autor y que le permitió optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Externado de Colombia, y que hoy se presenta conjuntamente con los aportes de su auxiliar en investigaciones socio-jurídicas, con ocasión de abrir el debate frente al problema jurídico que ha suscitado en Colombia el tema de las acciones populares frente a los actos administrativos y los contratos estatales.*

*Bajo este contexto, se ha querido presentar a la comunidad jurídica una investigación que se ha delimitado bajo el interrogante: ¿Es posible que el contrato estatal tenga un enjuiciamiento de legalidad a través del juez popular? El anterior, un cuestionamiento que a lo largo del trabajo encontrará solución, luego de que en un primer término estudiemos los conceptos básicos que rigen la materia. Aunado consecuentemente, con un análisis sistemático a la diversidad jurisprudencial tanto del Honorable Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, respecto a la fundamentación jurídica que puede permitir o no, nulificar un contrato estatal a través de las acciones populares.*

**Palabras Clave:** *contratos estatales, la acción popular, derechos e intereses colectivos, el sistema judicial colombiano; nulidad de los contratos, reglas jurisprudenciales.*

## ABSTRACT

*This article is part of the investigation said that the author and that allowed him to opt for the title of Master of Administrative Law from the University Externado de Colombia, and which today is presented in conjunction with input from his assistant in socio-legal research, with opportunity to open the debate in front of the legal problem in Colombia has raised the issue of shares compared to popular acts of administration and state contracts. Under this context, he wanted to submit to the legal community that an investigation has been demarcated under the question: Is it possible that the State has a contract Prosecution of Legality by Judge Popular?*

**Key words:** *The invalidity of the contracts; the class action the rights and interests groups in the Colombian judicial system; Ineffectiveness of state contracts through the actions popular: study Legal Arguments of the two jurisprudential thesis; rules that allow jurisprudential nulitar state contracts.*

## Introducción

El pasado cinco (05) de agosto de 2008, se cumplieron diez (10) años de la expedición de la Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo.

Por tal razón, encontramos apropiado no sólo estudiar algunos conceptos positivos referentes a la citada Ley, en aquello que se refiere a las acciones populares, sino también, abrir la discusión respecto a diversos criterios jurisprudenciales que se han desarrollado entorno a ésta acción constitucional, en particular, lo referido a la posibilidad de que el juez popular pueda revisar la nulidad de los contratos estatales, en amparo a derechos e intereses colectivos posiblemente infringidos.

Para tales efectos, se ha delimitado el planteamiento de ésta labor investigativa, bajo el interrogante: ¿Es posible que el contrato estatal tenga un enjuiciamiento de legalidad a través del juez popular? Este cuestionamiento a lo largo del trabajo encontrará solución, luego de que en un primer término estudiemos los conceptos básicos que rigen la materia. Aunado consecuentemente, con un análisis sistemático a la diversidad jurisprudencial tanto del Honorable Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, respecto a la fundamentación jurídica que puede permitir o no, nulificar un contrato estatal a través de las acciones populares. Todo esto, a fin de precisar y crear unas conclusiones que nos permitan señalar cuáles presupuestos procesales y sustanciales deben tenerse en cuenta para efectos de aplicar una correcta ubicación en éste tipo de contiendas constitucionales, así como identificar algunas construcciones jurisprudenciales que nos permitan delimitar el ejercicio eficaz de nulificar los contratos estatales en sede popular, sin desnaturalizar con ello los medios de control judicial ordinarios previstos en el Código Contencioso Administrativo, y a su vez, garantizar una seguridad jurídica dentro del Sistema Judicial Colombiano.

Bajo ese orden, se encuentra entonces que el presente trabajo desarrolle una metodología de orden descriptivo, pues su marco de referencia principal será el discurrir jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, sobre todo, porque a partir de ellas es que se han edificado dos (2) tendencias o líneas jurisprudenciales que no han sido pacíficas dentro de su proceso de evolución jurídica, pero que luego de un proceso de decantamiento judicial, finalizado en las recientes Sentencias AP-00549 y AP-

00726 de febrero 21 y 22 de 2007, respectivamente, ambas bajo la ponencia del entonces consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez<sup>1</sup>, y que han permitido prohiar la “Tesis Amplia o Garantista”, según la cual, es posible examinar la legalidad del contrato estatal para efectos de declarar o no su nulidad en sede popular, en orden a determinar si está amenazando algún derecho o interés colectivo.

Ahora bien, conscientes de la importancia del tema dentro del Sistema Judicial Colombiano, en especial, porque los jueces están obligados a examinar cabalmente las acciones presentadas ante sus despachos, para efectos de optar por alternativas que garanticen a los coasociados sus derechos sustanciales antes que sacrificarlos por el tecnicismo y la formalidad propia de la aún existente ortodoxia judicial; se encuentra entonces plenamente justificado el trabajo propuesto, sobre todo, si consideramos que los investigadores han previsto como objetivo general: proponer no sólo un estudio descriptivo, dentro del cual se presente a la comunidad académica las posiciones jurisprudenciales hasta el momento suscitadas; sino también, lograr específicamente unas conclusiones de congruencia racional sobre la efectividad de los derechos colectivos que con mayor frecuencia se vulneran en el ejercicio de la Contratación Estatal, a efectos de que los tribunales, jueces y abogados litigantes puedan tener unas directrices generales respecto a la ubicación correcta de los medios de control judicial en materia de acciones populares y protección a los derechos e intereses colectivos<sup>2</sup>.

Con la finalidad anotada, y a efectos de desarrollar un esquema teórico que permita al lector realizar un estudio sistemático respecto al planteamiento de las premisas que aquí se presenta, hemos estructurado el esquema del estudio en dos partes, así:

En la primera sección, revisaremos los aspectos relacionados a las acciones populares como mecanismo previsto para tutelar los derechos e intereses colectivos en el sistema judicial de Colombia. Explicándose dentro del mismo, sus aspectos generales, tales como: el concepto, sus antecedentes históricos, su estructura y desenvolvimiento procesal, el objeto y

1 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia de Rad. No.: AP-00549 y AP-00726 de febrero 21 y 22 de 2007, respectivamente. - C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

2 El tema de investigación ha suscitado constante debates al interior de los estrados judiciales, como quiera que los jueces constitucionales invistiéndose del Hércules Dworkiano con ocasión a las facultades constitucionales y legales que le inviste el ordenamiento jurídico colombiano, entran a realizar juicios nulitarios en sede popular. Nótese por ejemplo, la reciente y trascendental decisión judicial que hubiere proferido un Juez Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla, en aquello que se refiere a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. / Fundación Carnaval de Barranquilla, el día 29 de Mayo de 2008.

.....  
"Proponer no sólo un estudio descriptivo dentro del cual se presente a la comunidad jurídica algunos problemas presentes dentro de los recientemente creados Juzgados Administrativos, sino también, lograr específicamente unas conclusiones que permitan crear soluciones a esta congestión, y construir así un ejemplo de Jurisdicción dentro de la Rama Judicial del Estado colombiano".  
.....

las decisiones judiciales que resultan posibles adoptar por parte del Juez Popular.

Finalmente, en la segunda sección, enfrentaremos la formulación de las reglas identificadas dentro de ésta tesis, precisándole al lector: i) Cuáles han sido los derechos e intereses colectivos comúnmente protegidos en las acciones populares en que se controvierten contratos estatales; ii) Como ha sido la evolución jurisprudencial que al interior del precedente decisorio del Consejo de Estado, ha previsto la posibilidad de enjuiciamiento de los contratos estatales a través de las acciones populares, y iii) A modo de conclusión se establecen bajo un carácter propositivo, unas reglas o linderos operacionales que permitirían hacer efectivo éste instrumento como tipología procesal optimizadora<sup>3</sup> a los derechos e interés colectivos frente a los contratos estatales, sin que ello signifique desnaturalizar los medios de control judicial previstos por el ordenamiento administrativo para el enjuiciamiento de éste tipo de actuaciones.

La acción popular como mecanismo para tutelar los derechos e intereses colectivos en el sistema judicial colombiano.

### Concepto

El artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1.991, consagró la acción popular como un mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos. De ahí que su objetivo sea la prevención o eliminación de los factores que tienen

3 Utilizamos esta acepción en los términos de la teoría de ROBERT ALEXANDER - Véanse por ejemplo: "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1.993 -"Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios". Ed.: Universidad Externado de Colombia: Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho: 2.003 -"Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales". Trad.: Carlos Bernal Pulido, REDC, No. 66, 2.002.

incidencia colectiva y que exceden la afectación de intereses subjetivos. Es así como el artículo 2° de la Ley 472 de 1.998, las definió como aquellos "medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos", que "se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

En este contexto, los derechos colectivos se relacionan con la defensa de intereses comunitarios y difusos que se oponen a las autoridades públicas y a los particulares, a través de la exigencia de deberes de dar, hacer o no hacer<sup>4</sup>.

### Antecedentes históricos

Las acciones colectivas parecieran provenir del Derecho Romano<sup>5</sup>, pero su mayor desarrollo lo alcanzaron dentro del Derecho Anglosajón bajo la denominación de acciones de clase o representación (Class Actions).

En Colombia, por su parte, las acciones populares tuvieron su génesis en el Código Civil de 1.887, Vg: Entre los artículos 1005 a 1007, se reguló una acción popular para la protección de los bienes de uso público; en tanto que entre los artículos 2359 y 2360, se consagró una acción popular respecto del daño contingente derivado de la comisión de un delito, por las obras que amenacen ruina o por negligencia de un individuo que ponga en peligro a personas indeterminadas.

De igual forma existen: En el Decreto 3466 de 1.982, para la protección de los consumidores, en la Ley 9 de 1.989, para la defensa del espacio público y en el Decreto 2303 de 1.989, en materia agraria; la Ley 45 de 1.990 y el Decreto 653 de 1.993, consagran igualmente acciones de clase o de grupo, que aunque no reciben tal denominación, su objetivo es proteger a las personas que sean perjudicadas por el ejercicio de prácticas contrarias a la libre competencia en el sector financiero y asegurador. En suma, son varias y dispersas las disposiciones que antes del año 1.998, establecían la protección de ciertos derechos o intereses colectivos.

4 Cfr. CONSEJO DE ESTADO - Sección Quinta, Sentencia del 28 de junio de 2.002, Rad. No.: AP-0472, C.P.: Darío Quiñones Pinilla.

5 En cuanto a éste instituto en el derecho romano, podemos decir que: "la acción popular no fue (...) la acción abierta a todos en interés de la ley que hoy en día se concibe. Interpuesta en ocasiones por un interés privado, pero sirviendo siempre al interés público, tenía un carácter híbrido" (Cfr. BORÉ, Louis. "La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires", L.G.D.J., Paris, 1.997, p. 145

Sin embargo, es de anotar que sólo a partir del precepto constitucional estatuido en el artículo 88 superior, y luego con la Ley 472 de 1.998 que la desarrolla, es que se hace efectiva la intención del constituyente de 1991, de proteger a través de una acción de naturaleza pública, aquellos derechos e intereses colectivos que tienen los miembros de una comunidad determinada, bien sea para hacer cesar su vulneración por cuanto se les está afectando negativamente o para efectos de prevenir su violación cuando exista un desconocimiento de aquellos.

### Características de la acción popular

La decantada jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>6</sup>, así como la doctrina que sobre esta tipología de acciones se ha desarrollado, han previsto como sus características o notas preponderantes las siguientes:

i) Su finalidad y naturaleza son públicas, toda vez que a prima facie no persiguen intereses subjetivos o pecuniarios, sino proteger a la comunidad en su conjunto en cuanto a sus derechos e intereses de naturaleza colectiva.

No obstante, es preciso indicar que estas acciones excepcionalmente, según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998<sup>7</sup>, pueden tener un carácter resarcitorio, cuando quiera que se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo<sup>8</sup>.

ii) Proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que haya violado o amenace violar ese tipo de derechos o intereses.

iii) Tienen un carácter preventivo, pues se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o para restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible.

6 Cfr. CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera, Sentencia del 26 de enero de 2.006, Rad. No.: AP-02753, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera, Sentencia del 19 de mayo de 2.005, Rad. No.: AP-90106, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

7 En efecto, el artículo 34 de la Ley 472 de 1.998, establece: "...La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible."

8 Cfr. CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2.007, Rad.: AP-992, C.P. (e): Mauricio Fajardo.

iv) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de estas acciones son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1.998.

v) La titularidad para su ejercicio, como lo indica su nombre, ha de corresponder a su naturaleza popular, por lo tanto pueden ser ejercidas por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1.998.

vi) Su procedencia requiere que, de los hechos alegados en la demanda, pueda, al menos, deducirse una amenaza a los derechos colectivos, entendidos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas que, en potencia, pueden ser, incluso, todos los que integran una comunidad.

vii) El actor popular debe precisar y probar los hechos de los cuales se deriva la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegada en la demanda.

viii) El juez de la acción popular tiene el deber de determinar si los hechos alegados en la demanda dan lugar a la amenaza o a la vulneración de los derechos e intereses colectivos, como objeto de protección de esta acción.

### Aspectos procesales de la acción popular

#### A) Procedencia

La Ley 472 de 1.998, en su artículo 9° definió la procedencia de las acciones populares contra "toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos". (Subrayadas y cursivas nuestras)

Además, el artículo 3° de la Ley 472 de 1.998, inciso segundo, preceptúa: "las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

De lo anterior se puede colegir que, en primer lugar, los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son: i) Que se trate de situaciones actuales que impliquen un peligro contingente, una amenaza, vulneración o agravio de uno o varios derechos o intereses colectivos y ii) Que esas situacio-

nes se deban a actos, acciones u omisiones de autoridades públicas o de particulares.

Por tanto, la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales, en la medida en que su existencia o ejecución implique: i) un daño contingente, ii) un peligro, iii) una amenaza, iv) una vulneración o v) un agravio de derechos o intereses colectivos, con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, y sólo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnera o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine la legalidad de un acto administrativo o contrato estatal, sin que ello signifique que la acción popular sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos de control judicial normal para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva, cuando se acrediten las condiciones bajo las cuales pueden vulnerarse los derechos e intereses colectivos.

#### **B) Legitimación en la causa de las Acciones Populares**

De conformidad con el artículo 12 de la Ley 472 de 1998, se tiene que están legitimados para intervenir como partes:

B, 1) En legitimación por activa:

- a) Toda persona natural o jurídica;
- b) Las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar;
- c) 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;
- d) El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y Municipales, en lo relacionado con su competencia;
- e) Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

B, 2) En legitimación por pasiva: Atendiendo la preceptiva normativa estatuida en el artículo 14 de la Ley 472 de 1.998, las acciones populares podrán radicarse contra un particular –sea éste personal natural o jurídico-, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o, interés colectivo.

#### **C) Jurisdicción y competencia en las acciones populares**

Los artículos 15 y 16 de la Ley 472 de 1.998, determinan la jurisdicción y competencia para conocer de las acciones populares. Así, la jurisdicción se adquiere en razón del factor subjetivo, esto es, por la naturaleza jurídica de los demandados, pues corresponde conocer de los asuntos que se dirigen contra particulares a la jurisdicción ordinaria civil y a la contencioso administrativa cuando se involucre a una entidad pública o a un particular que cumple funciones públicas, ya sea si se demanda exclusivamente o con presencia de particulares.

#### **D) Medidas cautelares en las acciones populares**

Atendiendo el objeto y la procedibilidad de las acciones populares, se tiene que del artículo 25 de la Ley 472 de 1.998, establezca como facultades al funcionario judicial competente -Juez Popular-, la posibilidad de decretar y practicar las medidas cautelares “que estime convenientes para prevenir un daño inminente” o para “hacer cesar el que se hubiere causado”. En particular, las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Par.1°- El decreto y práctica de las medidas cautelares no suspenderá el curso del proceso.

Par.2°- Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado”. (Subrayadas y cursivas nuestras)

Conforme con lo anterior, se tiene entonces que, independientemente de la naturaleza calificada de las conductas demandables, la Ley 472 de 1998 dispusiera que dentro de las acciones populares tienen cabida frente a toda conducta de acción u omisión de las autoridades públicas, en particular, contra los

actos administrativos y la actividad contractual del Estado -en tanto constituyen modalidades de gestión pública-, resulte procedente decretar y practicar las medidas cautelares antes reseñadas, siempre que se acredite y pruebe dentro del proceso constitucional, que la vulneración u amenaza a los derechos e intereses colectivos de una comunidad, se generan con ocasión a estas manifestaciones administrativas.

### **E) El Pacto de Cumplimiento**

El artículo 27 de la Ley 472 de 1998, ordena que dentro del trámite de las acciones populares, se de la celebración de una audiencia especial con el objetivo de alcanzar en ella un acuerdo entre las partes sobre las pretensiones de la demanda, ese acuerdo lo denomina la Ley: "Pacto de Cumplimiento".

Así, el pacto de cumplimiento es, sin lugar a dudas, uno de los mecanismos judiciales que se tienen para la solución de conflictos dentro del trámite de la acción popular, que permite acercar a las partes para que éstas puedan por sí mismas, aunque con la orientación imparcial del juez, llegar a un acuerdo que finalice el litigio, resuelva la controversia y haga tránsito a cosa juzgada; lo cual entre otras cosas, evita el desgaste del aparato judicial generando un ahorro para la administración de justicia y colabora con la misión superior de propiciar la paz, pues éste es ante todo un mecanismo pacífico y no litigioso de precaver los conflictos o solucionar los existentes. La Ley 472 de 1998, busca que las partes dentro de una acción popular puedan por sí mismas solucionar sus conflictos, lo que es de una importancia mayúscula en este tipo de acciones, pues si su finalidad es la protección de los derechos e intereses colectivos, el contar con una herramienta aún más ágil que el mismo trámite de la acción popular -el cual goza de trámite preferencial, según el artículo 6 de la Ley en cita- lleva a que dicha protección se obtenga de la manera más expedita posible<sup>9</sup>.

### **F) La sentencia y efectos jurídicos en una acción popular**

Dentro del desarrollo de las Acciones Populares, la Ley 472 de 1998 prevé que luego de precluido el período probatorio, el Juez Popular dará traslado a las partes para alegar de conclusión por el término común de cinco (5) días.

Vencido aquel, el secretario deberá pasar el expediente inmediatamente al despacho del Juez para que pro-

9 Cfr. CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera, Sentencia del 27 de mayo de 2.004, Rad. No.: AP-00770, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. - CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999, M.P.: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

fiera sentencia, sin que sea procedente proponer incidentes, salvo el de recusación, ni actuaciones distintas a la expedición de copias, desgloses o certificados, los cuales no interrumpen el turno que le corresponde al proceso (Art. 33 de la Ley 472 de 1998).

Allegado el proceso al despacho del Juez Popular, se tiene éste dispondrá del término de veinte (20) días para dictar sentencia, la cual, si acoge las pretensiones, puede contener de conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998: i) Una orden de hacer, ii) Una orden de no hacer<sup>10</sup>, iii) Condenar al pago de perjuicios cuando haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo<sup>11</sup> o iv) Exigir la realización de conductas a su cargo para volver las cosas al estado anterior que tenían, si ello fuere posible<sup>12</sup>.

Ahora bien, en cuanto a los efectos jurídicos de la sentencia, es de señalar que de conformidad con lo estatuido en el artículo 35 de la Ley 472 de 1.998, la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de las partes y el público en general. Es decir, los efectos de la sentencia son erga omnes, con ocasión a la publicidad que se le es propia a éste tipo de causas, así como por la posibilidad que tiene cualquier persona para presentarlas.

### **El objeto de las acciones populares y las decisiones judiciales para la protección de los derechos e intereses colectivos**

El artículo 88 de la Constitución consagró la acción popular como un mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos. De ahí que su objeto no es otro que, la prevención o eliminación de los factores que tienen incidencia colectiva y que exceden la afectación de intereses subjetivos. Es así como el artículo 2 de la Ley 472 de 1.998, definió las acciones populares como aquellos "medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos", que "se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o

10 En cuanto a la obligación de hacer o no hacer, se tiene que la sentencia deberá precisar la conducta a seguir para proteger el derecho o interés amenazado o vulnerado y señalar el término dentro del cual se inicie y culmine su ejecución, el requerimiento judicial de no volver a incurrir en los mismos hechos, y el reconocimiento del incentivo para el demandante popular.

11 En los casos de condena, se tiene que ésta se deberá hacer in genere, y se liquidará a través del procedimiento previsto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

12 Ésta es una cláusula abierta que el legislador ha previsto para que Juez Popular con el objeto de garantizar la efectiva protección de los derechos o intereses colectivos vulnerados, pueda ordenar en la sentencia, la realización de alguna conducta por parte de la entidad accionada que permita volver o restituir las cosas al estado anterior en que se encontraban.

restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible". (Subrayas y cursivas Nuestras).

### Los derechos colectivos en el ordenamiento colombiano

En los países de una larga tradición jurídica escrita como en Colombia, resulta frecuente la formalización de las instituciones jurídicas a través de su regulación en una disposición legal. De ahí entonces, que al hablar de los derechos e intereses colectivos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, resulte menester la remisión a la Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo.

Este nóvel ordenamiento legal, si bien no desarrolla una definición de lo que debe entenderse por derechos e intereses colectivos, ni muchos menos la distinción entre intereses colectivos y difusos –tal y como lo desarrollan algunas legislaciones foráneas como la Italiana, la Brasileña y la Argentina-. Si constituye un compendio normativo muy importante respecto de las acciones o tipologías procesales que garanticen su protección, a saber: i) La Acción Popular y ii) La Acción de Grupo. La primera, explicada por el artículo 2° de la citada normatividad, como el medio procesal para la protección de los derechos e intereses colectivos, y que se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. En tanto que la segunda (Acción de Grupo), al tenor del artículo 3° *Ibidem*<sup>13</sup>, es aquella que se interpone por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas, y que se ejerce exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

En este contexto, se tiene entonces a prima facie que la distinción entre las acciones que reglamenta la Ley 472 de 1.998, se traduce en que las acciones de grupo tienen por finalidad un carácter indemnizatorio configurado en el reconocimiento y pago de de los perjuicios causados a un grupo de personas víctimas de una misma causa. Y la acciones popula-

13 Respecto a la definición prevista por el Artículo 3° de la Ley 472 de 1.998 respecto a las Acciones de Grupo, es menester indicar la importancia explicativa de la Sentencia C-569 del 8 de junio de 2.004, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes, al declarar la inexecutable del aparte final del primer inciso, es decir el precepto normativo que estatúa: "Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran responsabilidad".

res, tienen por objeto es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos vulnerados, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, y sólo excepcionalmente, según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998<sup>14</sup>, podrá tener un carácter resarcitorio<sup>15</sup>.

Ahora bien, tal y como se dijo antes, ciertamente nuestro ordenamiento jurídico no estableció una definición expresa respecto de los derechos e intereses colectivos, ni mucho menos una distinción entre éstos y los difusos, pero éste vacío legislativo ha sido suplido por los decantados precedentes jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permitiéndonos coagular tal y como lo explica Luis Felipe Botero Aristizabal<sup>16</sup> que: "derecho o interés colectivo sería aquel definido como tal por la Constitución, la Ley o los Tratados Internacionales celebrados por Colombia, y se encuentra integrado por un conjunto de situaciones jurídicas, en principio descritas en el derecho objetivo, que son necesarias para el mantenimiento o procuración del bienestar político, histórico, social, ambiental, cultural o económico de la colectividad en un momento dado"<sup>17</sup>. Mientras que frente a la distinción entre los derechos e intereses colectivos y difusos, se tiene que éstos últimos –intereses difusos- en nuestras disposiciones se engloban dentro de los intereses colectivos, por lo que su protección se debe hacer a través de las acciones populares. Por tanto, la única distinción que cabría en el Estado colombiano luego de un análisis sistemático de su normatividad vigente, es entre los intereses colectivos y los intereses de grupo, siendo los últimos la correspondencia a los intereses individuales homogéneos del derecho brasileño.

### Clases de derechos e interés colectivos en el sistema constitucional y legal colombiano

Como un avance que propugna por la real y efectiva protección de los derechos e intereses colectivos, el Constituyente de 1.991 previó una lista abierta y no taxativa de ésta categoría de derechos dentro del capítulo 3° del Título II de la Carta Política, reconociendo como tales:

14 En efecto, el artículo 34 de la Ley 472 de 1.998, establece: "...La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible."

15 Respecto al eventual carácter resarcitorio de la acción popular, puede estudiarse la reciente sentencia AP-992 del 16 de agosto de 2.007, C.P. (e): Mauricio Fajardo.

16 BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. Ob. cit., p. 62 y 63.

17 *Ibidem*

- a) Los Derechos e Intereses Colectivos de los Consumidores y Usuarios (Art. 78 C.Pol.)
- b) El Derecho al Medio Ambiente Sano (Art. 79 C.Pol.)
- c) El Derecho a la Protección de los Recursos Naturales (Art. 80 C.Pol.)
- d) Los Derechos referentes a la Prohibición de Armas Químicas, Biológicas y Nucleares, así como a la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos (Art. 81 C.Pol.)
- e) El Derecho al Espacio Público (Art. 82 C.Pol.)

No obstante, en cumplimiento al mandato constitucional previsto en el artículo 88, se tiene que el legislador a través de la Ley 472 de 1.998, al establecer la regulación de las acciones populares y de grupo, igualmente consideró dentro de su artículo 4º, los siguientes derechos e intereses colectivos:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

## b) LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES A TRAVÉS DE LA ACCIÓN POPULAR

1. derechos e intereses colectivos protegidos en las acciones populares frente a los contratos estatales  
Un estudio sistemático a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, nos permiten colegir que los derechos e intereses colectivos comúnmente protegidos u objeto de tutela en las acciones populares frente a los contratos estatales son: i) El derecho a la moralidad administrativa, y ii) El derecho a la defensa del patrimonio público.

No obstante, es oportuno indicar -siguiendo de la mano el importante Salvamento de Voto de Alier Eduardo Hernández Enríquez, en la Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el día 5 de octubre de 2005, que a pesar de que “un repaso de los asuntos que se han tramitado en el Consejo de Estado, por cuenta de la acción popular, muestran que los derechos colectivos que, con más frecuencia, encuentran comprometidos los demandantes, en relación con los contratos estatales, son el de la moralidad administrativa y el de la defensa del patrimonio público (literales b y e del artículo 4º de la Ley 472)”<sup>18</sup>. No por estos resultados fácticos hasta el momento presentes en la jurisprudencia administrativa, puedan excluirse el estudio y tutela de otros bienes jurídicos igualmente catalogados como derechos o intereses colectivos. Pues tal y como esgrime el consejero disidente de la decisión mayoritaria, “una rápida revisión del listado de la ley que, como ella misma lo anuncia no es taxativo, permite concluir que bien pudiera tratarse del goce de un ambiente sano, de la existencia del equilibrio ecológico, del goce del espacio público, de la utilización y defensa de los bienes de uso público, de la defensa del patrimonio cultural de la nación, de la seguridad y salubridad públicas... etc., cuya integridad pudiera estar amenazada o conculcada con la existencia, ejecución o inexecución de un contrato estatal”<sup>19</sup>.

Así las cosas, podría entonces deducirse que a pesar de que hasta el momento únicamente existen dentro de la jurisprudencia contencioso administrativa mayoritaria, fallos amparando los derechos o intereses colectivos a la ‘Moralidad Administrativa’ y a la ‘Defensa del Patrimonio Público’, en aquello que respecta al enjuiciamiento de los contratos estatales a través de la acción popular, dichos resultados no se pueden tener como una máxima o presupuesto operativa para el desarrollo de éste tipo de controversias, pues en la medida en que pueda demostrar-

<sup>18</sup> Véase el Salvamento De Voto de Alier Eduardo Hernández Enríquez a la Sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO-Sección Tercera, el día 5 de octubre de 2.005, Rad. No.: AP-01588, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.  
<sup>19</sup> Ídem



se la flagrante vulneración a otros derechos o intereses colectivos, bien sea que éstos se encuentren reconocidos en la Constitución, la Ley o los Convenios y Tratados Internacionales debidamente ratificados por el Estado Colombiano. Encontramos viable que el Juez Constitucional pueda ampararlos efectivamente dentro de la Sentencia, a fin de optimizar<sup>20</sup> su protección dentro de la cobertura real del mandato judicial que lo consagra<sup>21</sup>.

Precisada entonces la anterior consideración, y entendiendo qué para los efectos de la presente investigación, es menester una explicación más profusa entorno a los bienes jurídicos colectivos mayormente tutelados dentro de éste tipo de diferendos. A continuación, se presentará una breve descripción frente a los derechos de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, subrayando nuevamente que éste, si bien podría considerarse un punto distinguible dentro la actual jurisprudencia contenciosa administrativa. Ello no puede llevarlo a considerar como un presupuesto de procedibilidad para el desarrollo de éste tipo de controversias judiciales.

i) La Moralidad Administrativa: Es un derecho e interés colectivo muy importante dentro del ordenamiento jurídico Colombiano. En especial, en aquello que se refiere a los bienes jurídicos amparados dentro de las acciones populares frente a contratos estatales. Y en virtud del cual, se ha entendido como el derecho que tiene la comunidad a que las actuaciones de los servidores públicos y de los particulares, se ajusten a los fines y competencias que se hayan consignadas en la Constitución y la Ley.

Es así que, luego de un agudo lineamiento jurisprudencial por parte del Consejo de Estado respecto a lo que debe entenderse por 'moralidad administrativa', se ha precisado que sí bien éste derecho colectivo no se encuentra definido en la Ley 472 de 1998, dado que al desarrollar las acciones populares y de grupo, sencillamente la citada disposición se limitó a reconocer su carácter colectivo en el Literal b) del artículo 4°. La Sala Cuarta del Contencio-

so Administrativo en Sentencia del 9 de febrero de 2.001, M.P.: Delio Gómez Leiva<sup>22</sup>, partiendo del fallo de la Corte Constitucional No. T-503 de 1.994, y acogiendo la definición de moral que en el mismo se hace, ha definido la moralidad administrativa como: "el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social. En el campo de la moralidad administrativa existen conductas no solo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas, tales como el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos. Así mismo, el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 reconoce como acto de inmoralidad administrativa, por ejemplo, los sobrecostos en la contratación. Esa transparencia de la actividad del Estado implica, entre otros aspectos, el impecable manejo de los bienes y dineros públicos en beneficio de todos, y si todos somos los beneficiarios y por qué no, si constitucionalmente se tiene el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad (artículo 95), uno de los derechos correlativos es el de reclamar la debida transparencia en su manejo, puesto que es elemental que repugne a los asociados no sólo que se haya defraudado su confianza, sino que se hayan malversado sus fondos, porque suyos y para su beneficio son"<sup>23</sup>.

En igual sentido, la Sección Tercera ha subrayado el concepto de la moralidad administrativa como principio, cuando en la Sentencia AP-166 del 17 de junio de 2.001, señaló:

"Ya en otra oportunidad<sup>24</sup>, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal<sup>25</sup>, pues el "Estado de Derecho es (...) bastante más que un mecanismo formal resuelto en una

20 Utilizamos éste acepción en los términos de la teoría de ROBERT ALEXANDER, Véanse por ejemplo: "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 - "Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios". Ed.: Universidad Externado de Colombia: Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho: 2.003 - "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales". Trad.: Carlos Bernal Pulido, REDC, No. 66, 2.002.

21 Por ejemplo, véase que en la Sentencia del 17 de junio de 2.001, Rad. No.: AP-166, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez., la Sección Tercera del Consejo de Estado si bien no entró a analizar la legalidad del contrato objeto de enjuiciamiento, llegó a la conclusión de que la construcción de un estadio de fútbol no sólo vulneraba el derecho a la moralidad administrativa, sino también a la seguridad pública, y ordenó suspender la ejecución de la obra.

22 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Cuarta, Sentencia del 09 de febrero de 2.001, Rad. No.: AP-054, C.P.: Delio Gómez Leyva.

23 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Cuarta, Sentencia del 09 de febrero de 2.001, Rad. No.: AP-054, C.P.: Delio Gómez Leyva.

24 Consejo de Estado- Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2.001, Rad. No.: AP-170, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

25 Ver, entre otras, Corte Constitucional T-406 de 1.992.

simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo”<sup>26</sup>.

De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas<sup>27</sup>.

Pese a la dificultad, la Sala<sup>28</sup> esbozó una solución para privilegiar la eficacia de los principios constitucionales, sin lesionar la seguridad jurídica. Se dijo que los principios necesitan concreción, por su textura abierta, y se admitió la metodología de la concreción a través de ejemplos<sup>29</sup>, de manera que, cuando se produce, tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado.

Al respecto, se trajo a cuento lo expuesto por Gustavo Zagrebelsky<sup>30</sup>, en los siguientes términos:

“El conjunto de principios constitucionales (...) debería constituir una suerte de “sentido común” del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico (...) deberían desempeñar el mismo papel que los axiomas en los sistemas de lógica formal. Ahora bien, mientras estos últimos se mantiene siempre igual en la medida en que se permanezca en el mismo sistema, los axiomas de las ciencias prácticas, como el sentido común en la vida social, están sometidos al efecto del tiempo”.

Adicionalmente, se anotó que la regla que cataloga la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el Art. 4 de la Ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentran, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en

26 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho” Editorial Civitas S.A. Madrid: 1.986, p. 170

27 LARENZ, Karl. “Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica”. Editorial Civitas. Madrid: 1.993. p. 37.

28 Consejo de Estado- Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2.001, Rad. No.: AP-170, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

29 LARENZ, Karl. Op. Cit. p. 53

30 ZAGREBELSKY, Gustavo. “El Derecho Dúctil: Ley, Derecho, Justicia”. Editorial Trotta., p. 124

blanco, el juez debe sujetarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella”<sup>31</sup>.

En ese contexto, se tiene entonces que la moralidad administrativa no sólo es un derecho colectivo, sino también un principio<sup>32</sup> orientador de la función pública<sup>33</sup> en el ejercicio del poder, según el cual la actividad de los agentes del Estado debe desarrollarse en atención a los valores previstos en la Constitución y la ley, principalmente los relacionados con el bien común y el interés general<sup>34</sup>.

No obstante, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado al momento de conceptualizar respecto de éste derecho, ha recordado la definición que se estableció durante la ponencia para primer debate del proyecto<sup>35</sup> que se convirtió en la Ley 472 de 1.998, la cual indicaba:

“Se entenderá por moral administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios del buen funcionario”<sup>36</sup>.

La anterior, una definición que si bien desapareció en el segundo debate del proyecto legislativo de la Ley 472 de 1.998, nos explica que el tema de la moralidad administrativa y el nexo de la ilegalidad respecto del contrato estatal, se encuentran implícitamente relacionados al fenómeno de la corrupción, pues ella hace referencia con el menoscabo de la integridad moral y, de ahí que sea lógico que los ordenamientos jurídicos deban buscar la introducción de fórmulas eficaces que permitan combatirla;

31 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia de junio 17 de 2.001, Exp. No.: AP-166, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

32 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia del 19 de mayo de 2.005, Rad. No.: AP-90106, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia del 25 de abril de 2.002, Rad. No.: AP-361, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

33 El concepto de moralidad administrativa, está directamente relacionado con la noción de función pública, es decir, que aquel se ve vulnerado cuando se observan irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas. Por consiguiente, cuando una persona en virtud de la acción popular acude en procura de la protección de ese derecho, debe analizarse la acción u omisión de la administración en el caso concreto.

34 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencias del 13 de febrero de 2.006, Rad. No.: AP-01382 y AP-0090, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

35 Proyecto de Ley No. 005 de 1.995 (Cámara de Representantes), presentado por la representante Viviane Morales Hoyos, “Por el cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo” – Gaceta del Congreso No. 207 del 27 de julio de 1.995.

36 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2.005, Rad. No.: AP-00254, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

sin embargo, ha de precisarse –tal y como bien lo reseñan los precedentes del máximo tribunal contencioso administrativo– que: “la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino que se trata de un comportamiento que vicia las relaciones entre los administradores y los administrados; se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio”<sup>37</sup>.

En suma, lo expuesto permite afirmar que, la moralidad administrativa entre otros aspectos, persigue o tiene por finalidad; el manejo adecuado del erario y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos cuando faltan al deber funcional que les exige el Estado social de derecho pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente<sup>38</sup>.

ii) El derecho a la defensa del patrimonio público: Al igual que la moralidad administrativa, éste es otro derecho e interés colectivo muy importante en cuanto a los bienes jurídicos amparados dentro las acciones populares contra los contratos estatales. Sobre todo, porque bajo éste derecho se han comprendido doctrinalmente: “la totalidad de bienes, derechos y obligaciones en donde el Estado es el propietario y que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva”<sup>39</sup>. La anterior, una definición igualmente prevista por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>40</sup>.

En ese contexto, se tiene entonces que, si por patrimonio público debe entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de carácter fiscal que

37 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2.001, Rad. No.: AP-170, C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez; CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia del 25 de abril de 2.002, Rad. No.: AP-361, C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez; CONSEJO DE ESTADO – Sección Primera, Sentencia del 20 de septiembre de 2.002, Rad. No.: AP-0446, C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

38 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia del 30 de Agosto de 2.007, Exp.: 2004-00009, C.P.: Enrique Gil Botero.

39 HERNÁNDEZ GAONA, Pedro. “Diccionario Jurídico Mexicano”, México D.F.: UNAM, 1.984. Tomo VII, p. 67. Citado por: CAMARGO, Pedro P. “Las Acciones Populares y de Grupo”: Guía Práctica de la Ley 472 de 1998, Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2.000, p. 127 y 128.

40 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencias del 16 de febrero de 2.006, Rad. No.: AP-01345 y AP-01546, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra; CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia del 19 de mayo de 2.005, Rad. No.: AP-00373, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 2.002, Rad. No.: AP-518, C.P.: Ricardo Hoyos Duque; CONSEJO DE ESTADO – Sección Primera, Sentencia del 19 de febrero de 2.004, Rad. No.: AP-0559, C.P.: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; CONSEJO DE ESTADO – Sección Cuarta, Sentencia del 31 de mayo de 2.002, Rad. No.: AP-0300, C.P.: Ligia López Díaz.

pertencen al Estado, tanto los que se hallan en cabeza de la Nación como de las personas jurídicas estatales, y que son susceptibles de expresión o valoración económica o monetaria. El derecho e interés colectivo a su defensa, se traduce es en la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen a los fines que les corresponde, de modo que su tenencia, uso y disposición se haga con celo y cuidado, con sujeción a las disposiciones y formalidades que los regulan, a efectos de que el Estado no sea privado de los mismos de manera contraria al ordenamiento jurídico, sea por dolo o por culpa, y en fin que con el patrimonio del Estado se cumplan los fines que constitucionalmente están previstos como la razón de ser que el constituyente a descrito en la carta.

La anterior, sumada a los precedentes constitucionales de la Corte Constitucional Colombiana; en especial, en la Sentencia C-088 del año 2.000, M.P.: Fabio Morón Díaz, que al examinar la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1.998, en cuanto consagra la responsabilidad solidaria, entre la entidad contratante, el contratista y las demás personas que concurren al hecho, señaló:

“Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general (Art. 1°); la proclamación de un orden justo (Art. 2°) y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (Art. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.

Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos”<sup>41</sup>.

41 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia del 2 de febrero de 2.000, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Conforme a lo antes expuesto, se entiende entonces la articulación e inescindibilidad que en buena parte tiene éste derecho e interés colectivo con el derecho colectivo a la moralidad administrativa<sup>42</sup>, toda vez que ésta es justamente la proyección o aplicación de la moral al ámbito de la gestión administrativa del Estado, esto es, de las reglas y valores éticos, tendientes a hacer efectiva la honradez en el manejo de las atribuciones y medios de que dispone la actividad administrativa, de los cuales, el patrimonio público, en tanto conjunto de bienes estatales, es uno de ellos.

De igual forma, se destaca como elemento o carácter implícito dentro de éste derecho o interés colectivo: “la subjetividad”. La cual desprende la posibilidad al igual que en el caso de la moralidad administrativa, para efectos de que cualquier ciudadano exija un correcto y ajustado manejo de los bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario. Por tanto, siendo la subjetividad un carácter colectivo y no individual, se tiene entonces que cualquier miembro de la comunidad está legitimado para pedir a la jurisdicción contencioso administrativa su protección<sup>43</sup>.

Finalmente, vale la pena señalar que dada la especificidad de la dimensión subjetiva que alcanza el patrimonio público con ocasión de su consideración como derecho o interés colectivo, su estudio demanda un riguroso análisis probatorio en cada caso, del que se infiera un efectivo detrimento al erario con ocasión de una “acción u omisión” de una entidad pública o particular, cuando menos una seria y razonable amenaza del mismo. Esto implica un deber de diligencia inmenso del actor popular, toda vez que el soporta la carga de la prueba<sup>44</sup>.

## 2. Evolución jurisprudencial del consejo de estado respecto a la posibilidad de enjuiciamiento de los contratos estatales a través de la acción popular.

El desarrollo jurisprudencial y doctrinario respecto a la posibilidad de enjuiciamiento de los contratos estatales a través de la acción popular, no ha sido un tema pacífico dentro de la teoría jurídica colombiana, sobre todo, en el punto a

42 Es de anotar que la conexidad o cercanía entre estos dos (2) derechos o intereses colectivos, fue advertida por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en especial, a partir de la Sentencia calendarada 17 de junio de 2.001, Rad. No.: AP-166, C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

43 Sobre los alcances de la subjetividad de los derechos colectivos, pueden extenderse muchas de las consideraciones expuestas a propósito de la moralidad administrativa, que no se presentan aquí para evitar ser repetitivos.

44 Literal e) del artículo 18 y artículo 8 de la Ley 472 de 1.998.

determinar y precisar los alcances de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de sus atribuciones, y en particular, si la defensa de los derechos o intereses colectivos les permiten adoptar decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la administración.

La anterior, se debe tener en cuenta debido a la disparidad interpretativa de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre los alcances de las facultades del juez popular. Así, frente a la revisión de legalidad de los actos y contratos de la administración, a nivel jurisprudencial y doctrinal se han experimentado dos (2) importantes líneas jurisprudenciales<sup>45</sup>: i) Una Línea Jurisprudencial Restrictiva, la cual si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de legalidad del contrato, por tratarse de una controversia propia de la acción contractual; y ii) Una Línea Jurisprudencial Amplia o Garantista, la cual ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho o interés colectivo, de modo que en esa eventualidad se puedan tomar decisiones reparadoras, inclusive la nulidad de los contratos siempre y cuando se cumplan con la verificación de unas reglas que la misma jurisprudencia contenciosa administrativa a construido.

Ahora bien, para efectos de realizar una introducción respecto a las dos (2) líneas jurisprudenciales anteriormente desarrolladas al interior del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Colombia. A continuación nos permitiremos esquematizar la dinámica de los precedentes de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>46</sup>, siguiendo los lineamientos y técnicas gráficas que nos explica Diego Eduardo López Medina en su obra “El Derecho de los Jueces”, así:

45 Para efectos de un estudio a los conceptos fundamentales de la línea jurisprudencial, puede estudiarse la obra de DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA. “El Derecho de los Jueces”, 2ª Edición, Bogotá: Legis – Universidad de los Andes, 2.006, p. 136 y ss.

46 A pesar de la diversidad de posiciones existentes al interior de las distintas secciones del Consejo de Estado sobre esta punto, por disposición del artículo 1º del Acuerdo No. 55 del 5 de Agosto de 2003 de la citada Corporación Judicial, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer, por reparto, de las acciones populares que versen sobre contratos estatales y las que pretendan la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa.



Conforme al anterior esquema gráfico, se puede comprender entonces que el tema objeto de estudio dentro del presente propuesta académica, no ha sido un asunto pacífico dentro de los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, sobre todo, en el punto a determinar y precisar qué criterios o presupuestos delimitadores se deben atender al momento de encausar éste tipo de controversias sobre derechos colectivos.

En este contexto, y sin el propósito de desbordar los objetivos de ésta labor investigativa, a continuación señalaremos los argumentos jurídicos centrales de las tesis jurisprudenciales existentes al interior del Consejo de Estado, a saber:

A) Tesis Jurisprudencial Restrictiva.- Tal y como dijimos antes, ésta es una tendencia que si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de legalidad del contrato, por tratarse de una controversia propia de la acción contractual.

En otras palabras, conforme a este criterio la acción popular no es de recibo para controvertir la legalidad del contrato estatal, como que al efecto la ley prevé otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A.<sup>47</sup>; corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto<sup>48</sup>.

Esta postura restrictiva es la asumida por un sector de la doctrina, encabezado por el tratadista Javier Tamayo Jaramillo<sup>49</sup> quien señala:

“Puede suceder que el origen del alegado daño real o contingente a un interés o derecho colectivo se encuentre en la existencia misma de un contrato o de un acto administrativo, en cuyo caso, la única forma de lograr la supresión del daño permanente o potencial será destruyendo o aniquilando el acto o contrato.

En nuestro concepto, la acción popular no es procedente en semejantes circunstancias y solo acudiendo a las vías especiales consagradas expresamente en la ley, será posible destruir el acto o contrato. Por lo menos, así se desprende del texto de la Ley 472.

47 Fue el criterio adoptado por la SECCIÓN SEGUNDA. Vg.: CONSEJO DE ESTADO – Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 23 de marzo de 2.000, Exp. AP-025, C.P.: Carlos Arturo Orjuela; Subsección A, Sentencia del 25 de enero de 2.001, Exp. AP-156, C.P.: Jesús María Lemos Bustamante; Sentencia del 5 de julio de 2.001, AP-068 C.P.: Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia del 4 de abril de 2.002, AP-897.

48 Cfr. CONSEJO DE ESTADO – Sección Segunda, Sentencia del 3 de abril de 2.001, Exp. AP-0089.

49 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. cit. p. 111 y 112.

Ya anulado o desaparecido el acto o contrato, sería procedente la acción popular”<sup>50</sup>.

En esa misma tendencia doctrinal, puede encontrarse a Carlos Betancur Jaramillo<sup>51</sup>, para quien las acciones constitucionales, tales como: “(...) la tutela, las acciones de cumplimiento y las populares o de grupo fueron perdiendo especificidad propia y han venido invadiendo, con la pasividad o con la complacencia de los jueces, los campos de otras acciones creadas desde tiempo atrás con similares fines, produciendo con esta invasión un efecto alarmante para la seguridad y estabilidad de las situaciones jurídicas y para el desconocimiento de la autonomía de las acciones.

(...)

Cuando se produce hoy un litigio derivado de un contrato estatal que deba definirlo el juez competente, no se puede olvidar: a) Que la ley preexistente a dicho conflicto es la Ley 80 de 1993 y los principios generales de la contratación regulados en los códigos civil y comercial; b) Que el juez competente para dirimirlo es el administrativo (Tribunal Administrativo y Consejo de Estado), tal como se desprende de los Arts. 132 No. 5 y 129 del C.C.A., en armonía con el Art. 75 de la citada Ley 80; c) Que ante la jurisdicción el proceso deberá tramitarse forzosamente por la vía ordinaria, si se quiere llenar la plenitud de las formas propias del juicio, tal como expresamente lo indica el Art. 206 del C.C.A.; d) Que las acciones contractuales están, sin excepción, sometidas a la regla de la caducidad, tal como lo precisa el Art. 136 No. 10 del C.C.A.; fenómeno que una vez producido extingue definitivamente la acción y tanto el acto como el contrato se vuelven irrevisables jurisdiccionalmente; y e) Que estas acciones se deben instaurar, sin excepción también, por personas legitimadas, ya que a partir de la Ley 446 de 1998, ninguna de estas acciones, ni siquiera la de nulidad absoluta del contrato, tiene el carácter de pública o popular (Arts. 87 del C.C.A.; 45 y 46 de la Ley 80 y 32 de la citada Ley 446)”<sup>52</sup>.

En igual sentido, y pese ha existir abundante jurisprudencia y uniformidad en la Sección Tercera del Consejo de Estado, existen algunas posiciones internas que aún no aceptan la potestad nulatoria del juez popular frente a los contratos estatales. Así, por ejemplo, pueden citarse dentro de la tendencia restrictiva, los argumentos expuestos por la consejera

50 Ídem.

51 Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. “Las Acciones Populares y el Contencioso de los Contratos” Bogotá: Conferencia dictada en octubre de 2.004

52 Ídem.

Ruth Stella Correa Palacio<sup>53</sup>, quien extrapolando las tesis de la imposibilidad de nulidad de los actos administrativos por ella misma sostenida en anteriores precedentes judiciales<sup>54</sup>, esgrimió las siguientes conclusiones:

“i) El artículo 34 de la Ley 472 al definir el contenido de la sentencia popular señala inequívocamente una regla de competencia para el fallador que sólo puede revestir tres (3) modalidades: a) Una orden de hacer o no hacer, b) La condena al pago de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y c) Exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere posible;

ii) Los fines, móviles o motivos de la acción son improductivos o preventivos y sólo de forma excepcional (en el supuesto ya indicado del artículo 34) indemnizatorios, por manera que su telos no es el restablecimiento de derechos subjetivos;

iii) El hecho de que coincida en el juez popular su condición de juez administrativo, no conduce a afirmar que esta sola circunstancia permita comunicar al primero las competencias asignadas por ley al segundo;

iv) El principio de congruencia de los fallos está subordinado al móvil o motivo de la acción, que tratándose de la popular se encuentra claramente determinado por los artículos 2 y 34 de la Ley 472, los cuales a su vez definen las pretensiones que se pueden formular al proponer una acción popular;

v) El Juez popular sólo está facultado para impartir órdenes de hacer o no hacer y en modo alguno para anular contratos, por lo que en aplicación del principio de legalidad (preámbulo, artículos 3, 6, 121, 122, 123 y 230 Constitucionales), que está a la base de toda actuación de todo servidor público (incluido el juez por supuesto), el juez constitucional no puede auto-asignarse competencias anulatorias no otorgadas por la ley, sin infringir el principio tantas veces reiterado en la Constitución.

vi) Ante la ausencia de definición legislativa de lo que se entiende por orden de hacer o no hacer, puede recurrirse al sentido natural y obvio de estas expresiones (Art. 28 del C.C.) que no es otro que el fijado por la Real Academia de la Lengua Española,

53 Véase salvamento de voto de Ruth Stella Correa Palacio a la Sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO-Sección Tercera, el día 5 de octubre de 2.005, Rad. No.: AP-01588, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.  
54 Cfr. CONSEJO DE ESTADO –Sección Tercera, Sentencia del 6 de octubre de 2.005, Rad. No.: AP-00135, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

que sobre estos vocablos advierte que se trata de mandamientos o prescripciones y no de declaraciones con efectos generales como sería una anulación;

vii) Analizada la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 472 (Art. 27 del C.C.) se llega también a la misma conclusión: el legislador no quiso entregarle competencias anulatorias al juez popular;

viii) La condición de juez constitucional asignada al juez popular no lo releva del cumplimiento estricto de las normas, pues el juez constitucional también está subordinado al derecho;

ix) La solución jurisprudencial adoptada es además más garantista, al permitir al afectado recurrir al juez natural a obtener el restablecimiento que no lograría en sede popular”<sup>55</sup>.

Los anteriores supuestos, constituyen los principales elementos argumentativos de la Tesis Restrictiva o Desfavorable, en lo que se refiere a la nulidad de los contratos estatales en sede popular. Pero que luego de confrontarse dialécticamente con los argumentos hasta el momento expuestos de la Tesis Jurisprudencial Amplia o Garantista, nos permiten colegir que esos presupuestos restrictivos nacen de una consideración aislada y exegética de la ley que no atiende la concepción sistemática que asiste al ordenamiento jurídico, por ello no la compartimos, y por el contrario, sostenemos que la eficacia del accionar popular se sustenta en la posibilidad de que el juez tome decisiones de efectiva protección de los derechos colectivos que se procuran proteger, implicando esto, por supuesto, la posibilidad de revisar la legalidad del contrato estatal si de ella deviene la vulneración que se pretende reparar a través de la orden judicial.

B) Tesis jurisprudencial amplia o garantista.- A contrario sensu de la anterior posición jurisprudencial, la tesis mayoritaria de los magistrados de la sección tercera han entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho o interés colectivo, de modo que la acción popular en estos eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario<sup>56</sup>.

55 Cfr. SALVAMENTO DE VOTO de Ruth Stella Correa Palacio a la Sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO-Sección Tercera, el día 5 de octubre de 2.005, Rad. No.: AP-01588, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

56 Pueden citarse como ejemplos de ésta tesis: i) CONSEJO DE ESTADO – Sección Primera, Sentencia del 25 de enero de 2.001, Exp. AP-158, C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia del 3 de mayo de 2.002, Exp. AP-0308; Sentencia del 30 de noviembre de 2.000, Exp. AP-115; Sentencia del 19 de febrero de 2.004, Exp. 20020055901, C.P.: Rafael E. Ostau De Lafont Planeta. ii) CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 2.001, Exp. AP-166, C.P.: Alier E. Hernández Enríquez; Sentencia del 23 de agosto de 2.001, Exp. AP-1136 y Sentencia del 21 de marzo de 2.002, Exp. AP-285, C.P.: Jesús María Carrillo; Sentencias del 26 de septiembre de 2.002,

Criterio respaldado por varios comentaristas, que sostienen que:

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

La posibilidad de suspensión de la ejecución de un acto administrativo o de un contrato mediante la herramienta de la acción popular, a nuestro juicio deviene porque el juez no está facultado para negar esta acción aduciendo que existe otro medio de defensa judicial, basta únicamente que advierta la violación del derecho colectivo para que proceda a decidir de fondo el asunto<sup>57</sup>.

Desde una similar óptica se ha considerado que:

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

---

Exps. AP-537 y AP-612, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; Sentencia del 31 de octubre de 2.002, AP-518, C.P.: Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 5 de agosto de 2.003, Exp. AP-118, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; Sentencia del 14 de abril de 2.005, Exp. AP-1577, C.P.: German Rodríguez Villamizar; Sentencia del 5 de octubre de 2.005, Exp. AP-1588, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra y la Sentencia del 21 de Febrero de 2.007, Exp. AP-00549, C.P.: Alier E. Hernández Enríquez. iii) CONSEJO DE ESTADO – Sección Cuarta, Sentencia del 31 de mayo de 2.002, Exp. AP-300, C.P.: Ligia López Díaz; Sentencia del 10 de julio de 2.002, Exp. AP-0465, Auto del 12 de mayo de 2.003, Exp. 1300123310002003-90011-01. iv) CONSEJO DE ESTADO – Sección Quinta, Sentencia del 1 de febrero de 2.001, Exp. AP-151, C.P.: Darío Quiñones P.; Sentencia del 12 de febrero de 2.001, Exp. AP-008; Sentencia del 24 de agosto de 2001, Exp. AP-100, C.P.: Darío Quiñones; Sentencia del 19 de julio de 2.002, Exp. AP-098; Sentencia del 29 de mayo de 2.003, Exp. AP-2599, C.P.: Reinaldo Chavarro; Sentencia del 4 de septiembre de 2.003, Exp. AP-435, C.P. Reinaldo Chavarro.

57 ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. “La acción popular, aspectos sustanciales y procesales”, En: CONSEJO DE ESTADO - Memorias Octavo encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá: 2.001, p. 161 y 162.

(…)

Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del Art. 44 de la Ley 80 de 1.993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular. La Ley 472 de 1.998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo<sup>58</sup>.

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

“van desde la negativa rotunda a cualquier control –incluido el de la validez– de los contratos estatales, hasta la plena aceptación del mismo, la admisión de la posibilidad de que el actor popular solicite la nulidad absoluta del contrato estatal o de que el juez la declare de oficio, la suspensión de procesos precontractuales para que se cumplan determinados requisitos que el juez entiende necesarios para la tutela adecuada de los derechos colectivos, la suspensión temporal de los efectos de un contrato mientras el juez de la acción ordinaria contractual se pronuncia sobre su validez, la suspensión de obras que son fruto de un contrato por encontrarlas contrarias a dichos derechos, etc. En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular<sup>59</sup>. (Subraya y Negrillas Nuestras)

No obstante lo expuesto, debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercer, ésta ha guardado coherencia con

---

58 HOYOS DUQUE, Ricardo. “La Acción Popular frente al Contrato Estatal”, En: XIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Santiago de Cali - Septiembre de 2003.

59 Cfr. HERNANDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. “Las Acciones Populares y la Validez de los Contratos Estatales”, Ponencia presentada ante la Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2.003.



el planteamiento expresado desde un comienzo, no obstante que aun queda una reticencia de la tesis restrictiva que es importante como punto de controversia a la evolución jurisprudencial.

4. Hacia la creación de unas reglas jurisprudenciales que permitan nulitar los contratos estatales dentro de las acciones populares

Teniendo en consideración los nuevos desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado respecto a la procedibilidad de la acción popular para nulitar los contratos estatales, y atendiendo la importancia de trazar unas reglas o parámetros judiciales que permitan regular éste instrumento como tipología procesal optimizadora a los derechos e intereses colectivos, a continuación nos permitimos concluir como pautas o criterios elaborados de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, los siguientes:

Que se esté en presencia de una violación o se amenaza violar un derecho o interés colectivo definido dentro del ordenamiento jurídico colombiano, esto es, que exista una clara y ostensible afrenta respecto de alguno de los bienes jurídicos supraindividuales protegidos en la Carta Política, las leyes ordinarias o en los tratados internacionales celebrados por el Estado Colombiano.

Lo anterior, por cuanto tal y como explicamos en el desarrollo de la presente labor investigativa, el hecho de que dentro de las decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado se hayan amparado comúnmente los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, no significa que el juez popular eventualmente no pueda realizar una efectiva protección de otros derechos colectivos vulnerados o amenazados con la actividad contractual, tales como la seguridad pública, el derecho al medio ambiente sano, al espacio público, entre otros.

Que la nulidad sea absolutamente necesaria para la protección de los derechos o intereses colectivos conculcados, y que se encuentre plenamente probado dentro de la acción popular, la existencia de una causal de nulidad absoluta del contrato estatal; es decir, alguna de los supuestos configurativos reseñados en el artículo 44 de la Ley 80 de 1.993, 1740 y siguientes del Código Civil, y artículos 899 y 900 del Código de Comercio.

Precisando, claro está, que en aquellos casos en que el juez popular a efectos de garantizar la integridad y seguridad jurídica del ordenamiento colombiano, tenga que hacer remisión de la Ley 80 de 1993

a otras disposiciones legales, tales como el Código Civil, Comercio, o cualquier otra que regule un aspecto de la contratación no previsto en el Estatuto Contractual de la Administración Pública, debe propugnar siempre por una ponderación<sup>60</sup> adecuada de cada caso en particular, pues éste no puede desnaturalizarse los aspectos centrales de la contratación pública. En especial, en aquello que se refiere a la nulidad de los contratos.

Esta es una premisa que resulta conducente para los efectos del tema aquí planteado, toda vez que como indicáramos en el presente trabajo, en aquellos casos en que el juez popular se enfrente a situaciones relativas al carácter incaducable de la acción popular y la naturaleza imprescriptible de los derechos que ésta protege, en contraposición al saneamiento de la nulidad absoluta por el transcurso del tiempo, es preciso que éste realice un juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación judicial<sup>61</sup> entre los derechos e intereses en conflicto; optando, particularmente, por opciones distintas a declarar la nulidad el contrato estatal, garantizando así, tanto los derechos de tipo colectivo, como aquellos de orden particular que se han configurado respecto de la parte beneficiada por el saneamiento, honrando así, la finalidad del contrato estatal.

Que se garanticen los derechos procesales sustanciales a los afectados con la decisión de nulidad, es decir, a efectos de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso (Art. 29 C.P.), defensa, contradicción, y demás garantías adscritas, es menester que el juez popular dentro del desarrollo de la acción, vincule dentro del proceso a todas aquellas personas que eventualmente puedan tener un interés legítimo en las resultados del proceso, o puedan verse afectadas con los efectos jurídicos de la decisión adoptada.

Que en el evento de adoptarse una decisión de suspensión y no de nulidad respecto de alguna actuación administrativa de orden contractual, por coexistir una acción popular y una ordinaria, se condicione o delimite el fallo en sede popular a los efectos jurídicos nulitarios del contencioso contractual, a efectos de garantizar la seguridad jurídica dentro de los estrados judiciales y evitar decisiones contradictorias.

Que a pesar de existir una legitimación universal, para efectos de ejercitar la acción popular y solicitar la nulidad de alguna actividad contractual, presun-

60 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. "La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo". Madrid - Barcelona: Marcial Pons Ediciones jurídicas y Sociales, S.A., 2000, p. 44

61 Ídem.

tamente vulneradora de algún bien jurídico colectivo, no puede entenderse, por regla general, que tal calidad de ejercicio pueda significar el reconocimiento de alguna situación jurídica individualizada, pues en el evento de pretenderse derechos de orden subjetivo, la acción idónea es la contractual o de nulidad y restablecimiento del derecho, en los térmi-

nos así previstos en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo Colombiano. Y únicamente en forma excepcional, puede predicarse un carácter resarcitorio al tenor del artículo 34 de la Ley 472 de 1.998, cuando quiera que se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo.



## BIBLIOGRAFÍA

ÁMBITO JURÍDICO, Sección Bimestral: Juriscrítica: “Crítica de la Jurisprudencia”, No.: 17 – Título: “Acciones Populares, sin Límites” Fecha: Del 7 al 20 de Febrero de 2.005.

ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- “Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios”. Ed. Universidad Externado de Colombia: Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho: 2003.

- “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. Trad.: Carlos Bernal Pulido, REDC, No. 66, 2002. ARANGO, Rodolfo. “El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales”, Edit.: Legis, 2005.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. “Las Acciones Populares”, Bogotá: Forum Pacis, 1998.

BERNAL PULIDO, Carlos. “El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales”, Ed.: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. “Las Acciones Populares y el Contencioso de los Contratos”, En: Conferencia dictada en Bogotá: 2004.

BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. “Acción Popular y Nulidad de Actos Administrativos – Protección de Derechos Colectivos”, Bogotá: Legis-Serie: LEX NOVA, 2004.

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. “La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo”, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995.

CORREA PALACIO, Ruth Stella. “La Acción Popular y el Contrato Estatal”, En: “I Encuentro de Derecho Público”, Cali – Junio: 2006.

DWORKIN, Ronald. “Los Derechos en Serio”, Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

- “El Imperio de la Justicia”, España: Gedisa Editorial, 2005.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”, Edit.: Legis, 1999.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. “La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y Español – Análisis de la Selección del Contratista”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, En: Revista Española de Derecho Administrativo, No. 89, 1996.

GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel. "El Contencioso Contractual", 4ª Edición, Bogota: Universidad Libre de Colombia, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "Administración Pública y Moral", Cuadernos Civitas, Madrid: 1995.

HENAO, Juan Carlos. ¿Se defienden de la misma manera los Derechos Colectivos en el Derecho Colombiano y el Derecho Francés? En: "IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2.003.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. "Las Acciones Populares y la Validez de los Contratos Estatales" En: Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2003.

HOYOS DUQUE, Ricardo. "La Acción Popular frente al Contrato Estatal", En: XIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Santiago de Cali: 2.003.

LÓPEZ CALERA, N. "¿Hay Derechos Colectivos?: Individualidad y Socialidad en la Teoría de los Derechos", Barcelona: Ariel, 2000.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. "El Derecho de los Jueces": Obligatoriedad del Precedente Constitucional, Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales Teoría del Derecho Judicial, Edit.: Legis, 2001.

MONTAÑA PLATA, Alberto. "Dimensión Teórica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia", Bogotá: Universidad Externado de Colombia Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 36, 2005.

ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. "La Acción Popular, Aspectos Sustanciales y Procesales", En: Memorias Octavo Encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2.001.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. "Derecho Procesal Administrativo", 5ª Edición, Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2005.

REGO BLANCO, María Dolores. "La Acción Popular en el Derecho Administrativo y en especial, en el Urbanístico", Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005.

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. "Las Generaciones de Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública", Tesis de Grado No. 14º, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel y CORREA PALACIO, Ruth Stella, "Acciones Populares y de Grupo: Ley 472 de 1998", En: XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. "Las Acciones Populares y de Grupo en la Responsabilidad Civil", Bogotá: Baker & Makenzie, 2000.