

DIAGNOSTICO Y EVOLUCION JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE
ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA ACCION POPULAR COMO MEDIO ATIPICO
PARA LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL DESDE
EL AÑO 2000 HASTA EL 2013

LUIS ERNESTO PORTILLA FAJARDO
LUCIA ALEXANDRA REINA ORTEGA

UNIVERSIDAD DEL CAUCA – UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
POPAYÁN
2018

DIAGNOSTICO Y EVOLUCION JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE
ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA ACCION POPULAR COMO MEDIO ATIPICO
PARA LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL DESDE
EL AÑO 2000 HASTA EL 2013

LUIS ERNESTO PORTILLA FAJARDO
LUCIA ALEXANDRA REINA ORTEGA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TITULO DE MAGISTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR:
DR. RAMSES LOPEZ SANTAMARIA

UNIVERSIDAD DEL CAUCA – UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
POPAYÁN
2018

Agradecimientos

Agradecemos a Dios todo poderoso, a nuestro director Dr. Ramses Lopez Santamaria, a nuestras familias por el acompañamiento académico y apoyo brindado en el desarrollo de nuestro trabajo de grado

Dedicatoria

A nuestra familia, los sueños se cumplen

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
1. CAPITULO 1. DERECHOS COLECTIVOS Y CONTRATO ESTATAL.10	
1.1. <i>Las Acciones Contenciosas tendientes a declarar la nulidad de los Contratos</i>	17
2. METODOLOGÍA.....	23
TABLA 1. Universo Jurisprudencial	25
3. CAPÍTULO II. TENDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR PARA LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES: DIAGNÓSTICO JURISPRUDENCIAL DEL PERIODO 2000 – 2013.	26
3.1. <i>TESIS RESTRICTIVA: No procede la Acción Popular para solicitar la nulidad de un contrato estatal</i>	29
3.2. <i>TESIS INTERMEDIA: La Acción Popular no es procedente para declarar la nulidad del contrato estatal, pero podrán adoptarse medidas tendientes a la protección de derechos colectivos</i>	32
3.3. <i>TESIS AMPLIA: Procede la Acción Popular para declarar nulidad de contrato estatal</i>	37
4. CONCLUSIONES.....	44
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46
5.1. <i>Referencias Jurisprudenciales</i>	49

LISTA DE TABLAS.

TABLA 1. Universo jurisprudencial.

INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la Constitución Política de 1991, surge para Colombia el nuevo Estado Social y Democrático de Derecho que supone la expresión máxima del interés general sobre el particular, y que implica la materialización de un *estado de derecho* perfeccionado a través de la efectivización de los derechos fundamentales pero también, de aquellos derechos denominados de segunda y tercera generación. Al respecto, ha de decirse que tal denominación, alude a la progresión histórica del reconocimiento de un catálogo de derechos humanos que a partir de 1948¹, continúa en crecimiento atendiendo a las exigencias de cada época y a los sucesos históricos que han marcado al mundo.

De esa manera, a través de la Carta Política del 91, quizá pueda hablarse de una garantía real de materialización de los derechos fundamentales – entiéndanse de *primera generación*-, de los derechos económicos, sociales y culturales – es decir los de *segunda generación* – y de los derechos colectivos, entendidos como derechos de solidaridad – que corresponden a los derechos de *tercera generación*. De hecho, tal reconocimiento obedece a la consideración de los seres humanos en un ambiente social, es decir que la dignidad humana en tanto derecho/principio del Estado Colombiano no solo depende de la esfera individual de ser humano sino que está ligado a las condiciones sociales tanto de contexto como de relaciones sociales. En efecto, se ha manifestado la Corte en los siguientes términos:

[F]ruto del compromiso del Estado con la denominada “cuestión social”; paralelamente el catálogo de los derechos reconocidos al hombre, se amplía de manera notable, como que a más de los derechos y libertades

¹ Fecha en la cual se expide la Declaración Universal de Derechos Humanos

individuales se proclama en la constitución derechos sociales, económicos y culturales, que en la mayoría de los casos involucran prestaciones a cargo del Estado. A su vez se opera un cambio en la forma de considerar al hombre y a su relación con la política; ya no se trata de un individuo aislado, volcado sobre sí mismo (...) sino de la persona inmersa dentro de un contexto social².

En ese entendido, la Constitución de 1991 consagra herramientas jurídicas que permiten la protección y reclamación de tales conjuntos de derechos³ en aquellos casos en los cuales el Estado o los particulares obstaculizan su goce efectivo; precisamente, en el marco de esas acciones, se encuentra la acción popular.

De ese modo, debe precisarse que la Acción Popular es una acción constitucional dirigida a la protección de los derechos colectivos⁴, y que se ha constituido como una herramienta de carácter preventivo no indemnizatorio, es decir que busca prevenir la amenaza o violación de cualquiera de los derechos e intereses colectivos constitucionalmente definidos. De tal manera que la acción popular fue contemplada en el artículo 88 de la Carta Política y su reglamentación se encargó al Legislador quien dispuso lo referido mediante la Ley 472 de 1998, que ha sido enriquecida con varios pronunciamientos jurisprudenciales⁵.

La mencionada Ley define las Acciones Populares como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”, cuya finalidad se dirige

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999. M.P. Martha Victoria Sháchica de Moncaleano. Bogotá, D.C.

³ Con la claridad que no se trata de conjunto o catálogos cerrados, sino en continua revisión e interpretación en procurar la mayor efectividad posible.

⁴ Definidos en el Capítulo 3 del Título II de la Constitución Política. Recordemos que los derechos colectivos se han incorporado tanto en el texto constitucional como por vía legal; entre ellos se encuentran todos los bienes y servicios cuya prestación está a cargo del Estado, así como el derecho a gozar de un medio ambiente sano, la moralidad administrativa, entre otros descrito de manera taxativa en la Ley 472 de 1998.

⁵ Al respecto pueden revisarse, entre muchas, las sentencias: Consejo de Estado 064 de 2001, sobre la procedencia de la acción popular; Consejo de Estado sentencia 1330 de 2011, sobre la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público; Corte Constitucional C-215 de 1999, sobre la caducidad de la acción popular.

a “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”⁶. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

La naturaleza de las acciones populares (...) es preventiva. (...) Así las cosas, la prosperidad de la acción popular no depende de que exista un daño o perjuicio, pues la posibilidad de la vulneración del derecho colectivo es razón suficiente para que el juez conceda la acción y tome las medidas necesarias para evitar que efectivamente se presente la vulneración⁷.

Pues bien, en lo que atañe a la naturaleza y alcance de la acción popular la jurisprudencia ha mostrado tendencias claras, no obstante, ¿qué sucede cuando la reclamación de fondo incoada a través de la acción popular tiene estrecha relación con un contrato estatal?

En principio, podría afirmarse que la prevalencia de los derechos constitucionales – indistintamente de que se trate de fundamentales o colectivos – legitima al juez a tomar una determinación que implique el cumplimiento de la naturaleza de la acción que ante él se invoca, para el caso concreto, el juez estaría en principio autorizado para adoptar las medidas necesarias a efectos de evitar la vulneración o amenaza de un derecho colectivo. No obstante, es necesario verificar si esa potestad, le autoriza también a declarar la nulidad de un contrato estatal cuando se constate que existe la posibilidad de vulneración de un derecho colectivo a partir de la ejecución del contrato o bien, cuando concurren las causales de nulidad contractual previstas por la Ley.

⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 472 de 1998, artículo. 2. Diario Oficial No. 43.357 de agosto 6 de 1998. Bogotá, D.C.

⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 02446-01 del 22 de mayo de 2003. M.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C.

Al respecto, cabe recordar que conforme la Ley 80 de 1993, el contrato estatal se entiende como todo acto jurídico generador de obligaciones que celebre una Entidad del Estado, y que se encuentra previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivado de la autonomía de la voluntad⁸; de ahí que el contrato estatal se encuentre regido por una serie de principios que garantizan el cumplimiento de los fines del Estado con total apego a la legalidad. De hecho, en virtud de ese apego, la ley estipula también de manera taxativa las causales de nulidad contractual, es decir aquellos casos en los que a través de una orden judicial puede declararse la nulidad del contrato o bien, aquellos en los cuales la administración puede darlo por terminado de manera unilateral.

[L]a terminación unilateral del contrato, entendida como un mecanismo de autotutela de la administración, no tiene por objetivo deshacer todo lo realizado durante la ejecución de aquél por las partes, sino finalizarlo antes de lo previsto; por el contrario, la nulidad absoluta implica la constatación judicial de un vicio grave que afecta la validez del contrato por cuanto al momento de su celebración se desconocieron disposiciones de orden público. De allí que, por regla general, la declaratoria de nulidad busca devolver las cosas al estado “*en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo*”⁹

Al efecto, uno de los principales aspectos que debe observarse en el marco de la contratación estatal es la moralidad administrativa, la cual se erige como un derecho colectivo entendido como “el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propio de un buen funcionario”¹⁰, lo que supone que aquel

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 de 1993, artículo. 32. Diario Oficial No. 41.094 de octubre 28 de 1993. Bogotá, D.C.

⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-387 del 28 de mayo de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ MATALLANA, Ernesto. Acción Popular de Moralidad Administrativa. En: Revista Digital de Derecho Administrativo, Ed. 2010, No. 4, p.195.

está sujeto a control a través de la acción popular y que no en pocos casos, estaría estrechamente relacionado con la actividad contractual del Estado.

Del lado de la teoría jurídica, la contratación estatal tiene por finalidad la satisfacción del interés público y las necesidades colectivas, moción que le determina a los particulares que contratan con el Estado la obligación de contribuir en la consolidación de los fines del mismo; esta preocupación ha generado la implementación de diversos mecanismos jurídicos que pretenden evitar estas prácticas; entre ellos, la acción popular se erige como medio de protección de los derechos colectivos, uno de los cuales es la moralidad pública¹¹.

Entonces, resulta claro a este punto que por una parte, en el marco de la contratación estatal pueden comprometerse derechos colectivos que son objeto de protección y reclamación a través de la acción popular y de otra parte, que en virtud de la celebración de los contratos estatales, pueden configurarse causales de nulidad contractual cuya declaratoria puede hacerse por vía judicial – mediante la acción de nulidad contractual de carácter administrativo – o bien, que puede conllevar a la terminación unilateral del contrato.

Visto de ese modo, se entiende que a efectos de la declaratoria de nulidad de un contrato, el legislador ha diseñado un mecanismo judicial expedito que puede ser invocado por el interesado – esto es, en caso de encontrarse en etapa precontractual la acción de nulidad y frente a los contratos en ejecución o en etapa pos-contractual la acción de controversias contractuales, tal como ha sido descrito en el artículo 137 y en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, respectivamente -, lo que implica que al menos en principio, el juez no puede predicar la nulidad contractual a través de una acción popular, en tanto existe para ello un mecanismo

¹¹ VILLAMIZAR, Eddy. El Derecho Colectivo “moralidad administrativa” en la contratación estatal. En Scielo, 10 de julio de 2006. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792006000200008&script=sci_arttext&tIng=en

jurídico idóneo cuyo efecto y naturaleza jurídica es sustancialmente distinta de esta última.

Así las cosas, en el marco de este trabajo investigativo y a efectos de dilucidar la controversia expuesta, se diseñará una línea jurisprudencial a partir de los fallos del Consejo de Estado proferidos en el periodo 2000-2013, que permita identificar las diversas tendencias de la mencionada Corporación frente a la procedencia de la acción popular como un mecanismo atípico para la declaratoria de nulidad de los contratos estatales; línea jurisprudencial que será construida con aplicación de la metodología descrita por Diego López Medina.

1. CAPITULO 1. DERECHOS COLECTIVOS Y CONTRATO ESTATAL.

Los derechos colectivos son todos aquellos que pertenecen a una comunidad y se encaminan a la protección de intereses generales en virtud del principio de solidaridad que los rige, integrando al individuo sin dejarlo aislado de las necesidades de su sociedad. Nacen con posterioridad a las guerras mundiales que padeció la humanidad en el siglo XX, a partir de las cuales fue posible establecer que los pueblos, grupos y minorías ostentan la titularidad sobre ciertos derechos que permiten la ejecución de sus políticas propias como comunidades.

Joseph Raz, sostiene que la existencia de los derechos colectivos obedece a la configuración de al menos tres condiciones:

Primero, existe porque los intereses de los seres humanos justifican mantener que alguna(s) persona(s) sea(n) sujeta(s) a un deber. En segundo lugar, los intereses en cuestión son los intereses de los individuos como miembros de un grupo en un bien público y el derecho es un derecho a ese bien público porque sirve a sus intereses como miembros del grupo. En

tercer lugar, los intereses de ningún miembro particular de tal grupo en el bien público son suficientes por sí mismos para justificar mantener que otra persona sea sujeta a un deber¹².

De lo anterior, se extrae que los derechos colectivos constituyen garantías públicas sobre las cuales, unos y otros tenemos responsabilidad es decir, en tanto no se trata de garantías individuales – aunque se encuentren estrechamente vinculados a derechos que se predicen en la esfera íntima de los seres humanos – sino de prerrogativas constitucionales reconocidas al pleno de los conciudadanos como comunidad, ello implica que tanto el Estado como los particulares, tienen la obligación de procurar su goce efectivo. No obstante, se trata de una situación que a la luz de los modelos económicos y políticos actuales presenta ciertas dificultades, pues los intereses particulares en variados casos sacrifican el interés general predicado a partir de los derechos colectivos.

La propia esfera pública estatal para tornarse realmente pública requiere del fortalecimiento de la crítica y del control de la sociedad sobre el Estado. La importancia creciente que adquiere la noción de lo público está directamente vinculada a la conciencia de que el Estado ha estado expuesto – sobre todo en el siglo XX – a un proceso de privatización, dominado y capturado por intereses particulares, tanto de corporaciones privadas como de las propias burocracias¹³.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en variados fallos, en los que se resalta el reconocimiento de los derechos colectivos como garantías comunitarias, diferentes de las individuales:

¹² RAZ, J. Citado por CRUZ PARCERO, J. A. Sobre el concepto de derechos colectivos. 1998. p.103.

¹³ BRESSER-PEREIRA, L. y CUNILL, N. Entre el Estado y el mercado: lo público no estatal. Buenos Aires: CLAD/Paidós, 1998. p.25-56.

[E]l derecho colectivo es aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada. Por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones en la acción popular está ligada con la existencia real de los siguientes elementos, que para el momento de fallar deben estar establecidos: La acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares y la amenaza o la violación a derechos e intereses colectivos¹⁴

En ese escenario, y a fin de lograr la materialización de tales garantías, el texto constitucional en Colombia ha dispuesto un conjunto de derechos colectivos que deberán atenderse tanto en las relaciones comunitarias como en el ejercicio de las funciones públicas, es decir en aquellas actuaciones que se encuentran a cargo del Estado o delegadas en particulares, pero que se dirigen al cumplimiento de fines estatales. Así mismo, ha dispuesto figuras jurídicas como la acción popular, dirigida a la protección de tales garantías, dejando la posibilidad de investigación a los agentes del Estado en caso de infracción y/o vulneración o amenaza de aquellos¹⁵.

En cuanto a la acción popular, en derecho, se conceptualiza como la petición colectiva que realiza un grupo en pro de sus derechos; en palabras de Ospina Plata:

La acción popular es una acción judicial de origen romano, pero su desarrollo lo encontramos en el derecho anglosajón, en donde se le denominaron como acciones de clase o representación de la legislación

¹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia 2003-00254 del 10 de febrero de 2005. C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

¹⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 88: "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

colombiana, su inicio empezó en el Código Civil cuando se regula la acción popular para la protección de los bienes de uso público, así mismo se utilizó en casos en que la comunidad se viera afectada por obras que amenazaban ruina. Igualmente se retoma esta acción para la protección de los consumidores (decreto 3466 de 1982) la defensa del espacio público (ley 9 de 1989)¹⁶.

Pues bien, en el marco de las relaciones contractuales como se ha dicho con antelación, tienden a involucrarse varios derechos colectivos descritos por el Legislador¹⁷; así, la moralidad administrativa en el marco de la contratación estatal es el derecho colectivo involucrado por excelencia, en tanto guarda relación directa con la actitud y comportamiento ético del agente o funcionario del Estado en el procedimiento administrativo, pues supone la eficiencia desde la legalidad en todo lo relacionado con el erario público administrado por el funcionario.

[E]l concepto de ética en la gestión pública alude a la existencia de un sistema normativo de orden moral, compuesto por un conjunto de principios y valores que orientan a la configuración de un actuar correcto y deseable en el ámbito de la administración de los asuntos públicos, que, al estimarse socialmente indispensable para la convivencia y la paz, se hace necesaria su obligatoriedad y coercibilidad. De esta manera se convierte en norma jurídica a través de los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico. Esto es, el imperativo ético meramente interno y autónomo, se impone bajo la forma de una obligación, derecho, deber o consecuencia jurídica exigibles, que emanan de los órganos legislativos competentes, de conformidad a la Constitución Política¹⁸

¹⁶ OSPINA PLATA, Luis Guillermo. La acción popular procede contra los contratos estatales. Tesis de posgrado. Especialización en Contratación Estatal. Universidad de la Sabana, 2011. p. 4

¹⁷ Fundamentalmente los incorporados en la Ley 472 de 1998, tales como la moralidad administrativa, el patrimonio público o los derechos ambientales.

¹⁸ AHUMADA, O. Derecho y Ética de la Gestión Pública Municipal. Disponible en: oahumada.ublog.cl/archivos/1364/derecho_y_etica_de_la_gestion_publica.doc

De tal manera que en virtud de la moralidad administrativa, el Estado es responsable de la gerencia de los recursos que son de bien común y que por lo tanto, involucran intereses públicos, máxime cuando aquellos están dirigidos al cumplimiento de los fines del Estado que atienden a la naturaleza *social de derecho* tal como ha sido previsto en el texto constitucional.

El artículo 1 de la Constitución Política consagra que Colombia es un estado social de derecho, con lo cual se señala con sus cimientos, la protección de los derechos fundamentales, el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. Esta nueva fórmula, está pues en contraste con el estado de derecho, que define por excelencia los derechos civiles y políticos¹⁹.

Así mismo, aparece recurrentemente amenazado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, entendido como el “conjunto de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus funciones conforme a la legislación; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, y conforme lo disponen las normas presupuestales”²⁰

De esa manera, a efectos de determinar la posible vulneración del derecho al patrimonio público en el marco de la contratación estatal, debe tenerse en cuenta que:

[E]l derecho colectivo al patrimonio público tiene una doble naturaleza en el ordenamiento jurídico, de un lado puede hablarse de una dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho, y de otro, una dimensión objetiva o de principio, que se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de

¹⁹ GONZÁLEZ MONROY, Ana. La responsabilidad del Estado, de las instituciones y de los profesionales. En: Revista Juris Vol. XXIII. 2011.

²⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia AP-300 del 31 de mayo de 2002. C.P. Ligia López Díaz.

eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la constitución política y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente. De tal modo, la defensa del interés colectivo implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial. Su protección puede ser solicitada por cualquier ciudadano mediante la interposición de una acción popular, y se orienta a garantizar una administración eficiente y responsable que debe acompasarse con la buena fe y la transparencia que exige la moralidad administrativa²¹.

Entonces,

El Derecho colectivo al patrimonio se vulnera cuando entidad pública, que entregó los respectivos anticipos para la ejecución de una obra, omite realizar las gestiones pertinentes para investigar las razones por las que las obras no fueron ejecutadas y para identificar a los posibles responsables²²

En ese sentido, la moral, el derecho y lo público, deben tener relación en el sector estatal; cualquier actividad que afecte su desarrollo, se podrá controlar por medio de acciones populares ya sea en defensa de derechos humanos o intereses de las comunidades frente al mal manejo de recursos o actos estatales. “La jurisprudencia del Consejo de Estado, suscitada con ocasión de las Acciones Populares ha dado lugar a precisa contribución en la materia cuando se trata de defender el patrimonio público, por desvíos administrativos ocasionados por corrupción. Ha entendido la Corporación que en la noción de patrimonio público se incluyen los bienes, derechos, intereses, y obligaciones del Estado, lo cual involucra responsabilidades y deberes²³”.

²¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia 2012-00656 del 25 de febrero de 2016. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz

²² Ibíd, Sentencia AP-00287 del 8 de junio 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²³ CARRILLO BALLESTEROS, Jesús. Del patrimonio público una aproximación al concepto y a su contenido, 2006, p. 28.

En el mismo orden, se presentan distintos derechos colectivos tales como la defensa de la seguridad, el medio ambiente sano, la salubridad pública y la libre competencia económica, que pueden verse afectados a partir de las acciones u omisiones de los agentes del Estado en el marco de relaciones contractuales, por lo que las acciones populares se erigen como mecanismos de defensa de tales derechos mas no de un interés atinente al objeto del contrato. En efecto, señalan Padilla Sundhein y Vásquez Gómez:

(...) 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 inejecución de un contrato estatal²⁴.

No obstante, a la fecha las acciones populares - en tanto mecanismos de protección de derechos colectivos- han atravesado diversas modificaciones que han despertado opiniones divididas: por un lado, están quienes piensan que dicha acción sigue siendo efectiva a efectos de la protección de derechos colectivos y por otro, hay quienes afirman que el mismo ordenamiento jurídico ha restado importancia a la acción popular ocasionando incluso su ineficacia jurídica. En lo que a esta última postura respecta, vale la pena mencionar que con ocasión de la expedición de la Ley 1437 de 2011, se ha impartido un tratamiento distinto a la acción popular del que comúnmente le diera el ordenamiento constitucional; así, “el proyecto de Código Contencioso Administrativo, que luego se convirtió en la Ley 1437 de 2011, se gestó en el Consejo de Estado de Colombia. Un grupo de

²⁴ PADILLA, J., y VÁSQUEZ, J. La Nulidad de los contratos Estatales en las acciones populares Un estudio doctrinal a la teórica jurisprudencial del consejo de Estado colombiano. Revista Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol 10. Octubre 2008 - marzo 2009. p.33

consejeros redactó la propuesta que fue llevada al Congreso con todo el respaldo gubernamental”²⁵.

Al examinar el nuevo Código Contencioso Administrativo encontramos graves riesgos para el sistema de acciones constitucionales de Colombia, y estas disposiciones obedecen a la teoría amplia de la configuración legislativa, en la cual se escudan quienes consideran que el legislador puede interferir en todos los campos constitucionales para regular sin límites. En primer lugar, observamos que se intenta, por parte del legislador, darle trato de acciones ordinarias o simples litis, a las acciones constitucionales, contrariando la voluntad del Constituyente del 91, que plasmó en ellas su aporte más significativo. Cuando el Constituyente señala que “la ley regulará” dichas acciones, buscaba un sistema de regulación de las acciones constitucionales coherente, autónomo, respetado y con todas las garantías para su ejercicio²⁶.

1.1. Las Acciones Contenciosas tendientes a declarar la nulidad de los Contratos.

Las nulidades contractuales deben ser decretadas por un Juez de la República y la proposición de las mismas puede ejercerla cualquier sujeto, parte o tercero que considere alguna afectación a la legalidad del contrato. Por tanto, existe un equilibrio entre el principio de legalidad y la primacía del interés superior frente a ese acto propio de la contratación estatal.

La jurisprudencia nacional ha aplicado la regla "*contra factum proprium quis venire non potest*", en el ámbito de la contratación estatal, con fundamento en el principio de la buena fe. Esta regla dio lugar a la formulación del

²⁵ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis, Bogotá, 201. p. 307.

²⁶ LONDOÑO, B. y TORRES, M. ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales? Universitas, 2012. p. 235-259.

principio de la confianza legítima para dotar de eficacia jurídica a aquellas situaciones en las cuales un sujeto de buena fe creyó estar bajo el amparo y protección del Estado. No obstante, estas importantes aplicaciones de la buena fe quedan en discusión cuando se advierte comprometida la validez del contrato estatal. Para garantizar la eficacia de las normas imperativas que rigen la configuración del contrato estatal debe primar el principio de legalidad y, en consecuencia, restringirse la aplicación del principio de confianza legítima que en condiciones normales le impediría a la Administración ir en contra de sus propios actos²⁷.

En esa medida, el legislador ha dispuesto ciertos mecanismos judiciales idóneos a los que puede acudir en aquellos eventos en los que se constate la configuración de las causales de nulidad de los contratos; al efecto, vale decir que las mismas han sido diseñadas en principio en el marco de las relaciones contractuales entre particulares, es decir desde el Derecho Civil, más se han extendido a la celebración de negocios jurídicos con el Estado; así, la ley 80 de 1993, señala taxativamente las causales de nulidad del contrato estatal.

Ahora bien, a efectos de la reclamación legítima de anulación de un contrato, han sido diseñadas tres tipos de acciones contenciosas: En primer término, la acción de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho – según sea el caso y el contenido de las pretensiones del demandante – aplicable a los actos administrativos resultado de la etapa precontractual y en segundo lugar, la acción contractual, a través de la cual podrá solicitarse la nulidad del contrato que se encuentra en ejecución, tal como ha sido dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

Además de lo expuesto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo introdujo una nueva disposición respecto al trámite de

²⁷ TORRES, Luisa Alexandra. El principio de legalidad: una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal. 2016. Disponible: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4595/5400>

nulidad de los actos y contratos administrativos, en el sentido de incluir que el juez podrá adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, inclusive cuando la conducta vulnerada sea producto de un acto administrativo o un contrato.

Ergo, la posibilidad de impugnar contratos se hace con el fin de blindar de legalidad un acto administrativo ligado al principio de probidad otorgado a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado; elementos como la imparcialidad, la buena fe, ausencia de falencias e inexactitudes, otorgan vida jurídica eficaz y legal a un contrato estatal. Por ello, las entidades estatales tienen un deber con arreglo a formalidades legales en sus contratos, a saber:

De tal manera que se satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: **a).- subjetivos**, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; **b).- objetivos**, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y **c).- formales**, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta²⁸.

Esta disposición no se encontraba en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y fue introducida al nuevo código en atención a la variada y disímil jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto a la procedencia de acción popular para demandar la nulidad de actos administrativos y contratos estatales; reconfigurando el alcance de la misma.

Ahora bien, el derecho administrativo determina que se podrá presentar nulidad a través de incidente, buscando que el juez ejerza control de legalidad o sanee vicios. Remite el CPACA al Código de Procedimiento Civil y al Código Civil

²⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 1608-12 del 22 de agosto de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón.

conforme a lo estipulado en el artículo 1741 de este último²⁹. Al volver al artículo 144 del CPACA, permite el medio de control de acción popular contra actos o contratos administrativos, siempre que se presente una posible vulneración de derechos o intereses colectivos.

[E]l fundamento de la nulidad contractual descansa en la violación de la legalidad, en particular, de la norma imperativa que regula la celebración del contrato; fundamento objetivo, que conlleva a que el fin de la nulidad sea el restablecimiento de la legalidad violentada eliminando la situación jurídica irregular, creada por la celebración del contrato.

A su vez, el Código Civil hace referencia a la nulidad para los actos jurídicos, ya sea afectando uno de los requisitos esenciales del negocio jurídico o contrariando las buenas costumbres o el orden público. Sin embargo, hay otros requisitos esenciales en el área administrativa, tales como que se expida por un funcionario debidamente autorizado o competente, cumpliendo lo reglamentado en el sector estatal y su fin sea el interés público.

Siguiendo el orden de la nulidad desde el ámbito administrativo, con la ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia, se determinan unos requisitos para la nulidad de un contrato del Estado³⁰ entre los de mayor gravedad, se encuentran los del derecho común como los requisitos esenciales del acto jurídico, las prohibiciones expresas de

²⁹ Código Civil, artículo 1741 “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo, nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces”.

³⁰ Ley 80 de 1993, artículo 44: “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1º. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2º. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. 3º. Se celebren con abuso o desviación de poder. 4º. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5º. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.”

contratos cuando hay tutores, dementes, incapacidad absoluta o relativa; los reglamentados; señalados en una ley o el CPACA; en la Constitución Política, como la prohibición a servidores públicos en su artículo 127.

No obstante, la nulidad relativa puede ser causal de saneamiento o ratificación³¹, siempre que no afecte la integridad del contrato estatal y sea por voluntad de las partes ante el juez competente, evitando la configuración de una sanción legal o dejar sin efectos el contrato. Los representantes de entidades públicas tienen por amparo legal posibilidad de sanear un vicio en el procedimiento administrativo.

La nulidad parcial, también la cobija la ley 80 de 1993³² permitiendo salvar el negocio jurídico ante errores cortos en la formación o contenido del acto o contrato administrativo sin afectarlo de forma genérica. El contrato quedará sin vida jurídica cuando se ejerce la nulidad absoluta, mientras la nulidad parcial busca fragmentar su contenido y dar eficacia al resto.

De ese modo, la nulidad absoluta supone el acaecimiento de las causales más gravosas que dejan sin efectos jurídicos el contrato, de tal manera que contrato estatal es absolutamente nulo, cuando carece de valor por haberse celebrado con vicios tan graves, que la ley no permite sanearlo por razones de protección del interés general. (YONG, 2013, P. 239) y solo la jurisdicción contencioso administrativa puede anular la totalidad de dicha actuación para restaurar la legalidad violentada, todo esto de conformidad con la Ley 1437 de 2011 que ha determinado que: “cualquiera de las partes de un contrato del Estado, pueden pedir que se declare la nulidad, para efectos de suprimir

³¹ *Ibíd*em, artículo 46 “Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio”.

³² *Ibíd*em, artículo 47 “De la Nulidad Parcial. La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidarán la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada”.

las consecuencias jurídicas de dicho acto bilateral” (Art. 141), que afectan intereses de las partes o de terceros.³³

En este orden de ideas, la nulidad presenta efectos específicos³⁴, al ser declarado nulo un contrato de jure, su eficacia se convierte en *ex tunc* o retroactiva, hacia su nacimiento o formación del mismo, impidiendo la producción de efectos jurídicos hacia el futuro y por ende, se tiene a aquel acto o contrato como nunca dictado.

Debe tenerse presente que en tanto acciones jurisdiccionales, la nulidad de un contrato solo puede ser declarada por un juez, aun cuando puede ser solicitada por terceros interesados – para el caso en estudio por quienes consideren vulnerados derechos colectivos, por ejemplo, con ocasión del contrato. “La jurisprudencia es el origen de la declaración de las nulidades toda vez que los jueces son los únicos que pueden declarar la nulidad de un contrato, y sus causales son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva”³⁵.

Sin embargo, no significa ello que solo pueda perseguirse la nulidad contractual a través de dichas acciones, sino que al entenderse configurados daños conexos a la ejecución del contrato, el interesado puede incoar los medios de protección necesarios a efectos de evitar la inminente lesión de un derecho.

Además, cuando se haga uso de la pretensión anulatoria, esta podrá estar acompañada de solicitudes conexas o consecuenciales o faltantes, por medio de las cuales se persiga el restablecimiento de un derecho o la

³³ LONDOÑO, I. La nulidad absoluta de los contratos estatales. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá. p. 5.

³⁴ *Ibíd*em, artículo 48 “La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

³⁵ SANTOFIMO, J. Tratado de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

indemnización de un daño, “en estos casos el conjunto demandatorio estará signado por una caracterización subjetiva, que adicionalmente, respecto de su proporción, como se observó en precedencia, exige una determinada legitimación”³⁶.

En el mismo sentido,

Quando se aduce la nulidad absoluta en forma única, “ésta necesariamente debe ser propuesta por el ministerio público, la parte o el interesado cuando éste lo único que persigue sea la eliminación del contrato en el mundo jurídico, mientras que, para las solicitudes consecuenciales, se exigirá la acreditación de circunstancias de violación de la ley que conduzcan a detrimentos de derechos o a circunstancias de causación de daños”³⁷

2. METODOLOGÍA

A efectos de dar claridad frente a la eventual procedencia de la acción popular como un mecanismo atípico para la declaratoria de nulidad de los contratos estatales, se ha dispuesto la construcción de una línea jurisprudencial que incorpora los fallos del Consejo de Estado proferidos en el periodo 2000-2013; lo anterior, habida cuenta que en el mencionado periodo, es posible avizorar los cambios de tendencia frente al objeto de estudio y que la jurisprudencia producida en el mismo, permite la identificación de los criterios judiciales a partir de los cuales, el juez contencioso a encontrado o no pertinente la procedencia de la mencionada acción constitucional, de cara a las acciones contenciosas descritas en el cuerpo normativo del derecho administrativo Colombiano.

³⁶ ÁVILA, D. Régimen presupuestal de los contratos estatales temas en contratos. DIKE, Medellín, 2010. p. 50.

³⁷ BETANCUR, J. (1998). Estatuto general de la contratación pública. DIKE, Medellín, 1998. p. 193

De ese modo, para la construcción de la línea fue aplicada la metodología diseñada por Diego López Medina³⁸, quien plantea la ejecución de tres pasos fundamentales:

El primero de ellos, orientado a lo que López denomina la identificación de una sentencia arquimédica o punto de apoyo correspondiente a la última sentencia proferida en el tema de estudio, a partir de la cual puede establecerse una mirada retroactiva del precedente jurisprudencial a través de los fallos citados o incorporados en aquella. De esa manera, se establece un conjunto de sentencias aplicables al tema de estudio y que deberán cumplir con los presupuestos facticos y jurídicos aplicables al debate planteado en la investigación. Esto último, es lo que el menciona jurista contempla en un segundo paso, y que ha llamado el *nicho citacional*.

A efectos de esta investigación, los puntos descritos pueden revisarse a continuación:

³⁸ El abogado Diego Eduardo López Medina, es el autor del libro “El Derecho de los Jueces”, por el cual sugiere la línea jurisprudencial para la investigación jurídica.

TABLA 1. Universo Jurisprudencial

Sentencia Arquimédica	Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia 2011-00227, del 26 de noviembre de 2013.			
	Radicación	Fecha	Consejero(a)	Sección
Primer y segundo nivel citacional	2012-00058-00	29 de marzo de 2012	Luis Rafael Vergara Quintero.	Sección Segunda
		8 de junio de 2011	Enrique Gil Botero	Sección Tercera
	AP - 1588	5 de octubre de 2005	Ramiro Saavedra Becerra	Sección Tercera
	AP - 559 - 01	19 de febrero de 2004	Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta	Sección Primera
	1059(AP-518)	31 de octubre de 2002	Ricardo Hoyos Duque	Sección Tercera
		5 de julio de 2001	Nicolás Pájaro Peñaranda	Sección Segunda
		17 de junio de 2001	Alier Eduardo Hernández Enríquez	Sección Primera
	2001-0091-01	24 de mayo de 2001	Olga Inés Navarrete Barrero	Sección Primera
		25 de enero de 2001	Jesús María Lemos Bustamante	Sección Segunda
	AP-025	23 de marzo de 2000	Carlos Arturo Orjuela Góngora	Sección Segunda

Finalmente, para Diego López una tercera fase y quizá la más importante, consiste en la realización de un gráfico que con ubicación de las sentencias correspondientes al tema de estudio en respuestas polares, permita la identificación de la tendencia de la Corporación, para el caso concreto el Consejo de Estado, frente al problema jurídico planteado. Lo anterior, no solo contribuye al ejercicio del litigio sino a la materialización de la seguridad jurídica como presupuesto básico de la administración de justicia.

A ese efecto, la gráfica de línea puede observarse en el siguiente Capítulo de este trabajo.

3. CAPÍTULO II. TENDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR PARA LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES: DIAGNÓSTICO JURISPRUDENCIAL DEL PERIODO 2000 – 2013.

Con el ánimo de distinguir las diversas tendencias jurisprudenciales del Consejo de Estado en lo que atiende a la procedencia de la acción popular como un mecanismo atípico para la declaración de nulidad de un contrato estatal, se ha realizado una gráfica³⁹ incluyendo aquellas sentencias importantes y pertinentes, además de los extremos polares basados en las tres posiciones asumidas por el Consejo de Estado. En ese contexto y tal como se verá a continuación, pueden identificarse dos marcadas tendencias del Consejo de Estado frente al particular objeto de Estudio:

1). Una primera tendencia, en la cual se aplica la denominada *tesis restrictiva* según la cual, la acción popular no es procedente para la declaratoria de nulidad

³⁹ Tal como lo sugiere la metodología de Diego López Medina descrita en el capítulo II de este trabajo.

de un contrato estatal; tesis sostenida en el marco de las sentencias AP-025 del 23 de marzo de 2000, Sentencia del 25 de enero de 2001, así como la sentencia 2001-0091-01 calendada el 24 de mayo de 2001.

2). Una segunda tendencia correspondiente a la *tesis amplia*, de conformidad con la cual la acción popular no es procedente para la declaratoria de nulidad de un contrato estatal; sin embargo, en aquellos eventos en los que de manera específica exista lesión o amenaza grave e inminente de un derecho colectivo, el juez podrá tomar medidas tendientes únicamente a la protección de estos derechos. Esta tendencia puede verificarse en las sentencias de 5 de julio de 2001, 19 de febrero de 2004, y 29 de marzo de 2012.

3). Una tercera tendencia denominada *tesis amplia*, implica que a través de la acción de tutela puede incluso declararse la nulidad de los contratos estatales cuando se constate la amenaza o vulneración de derechos e intereses colectivos, directamente afectados con el contrato estatal. Esta postura la marcan las sentencias del 17 de junio de 2001, 31 de octubre de 2002, 5 de octubre de 2005, 8 de junio de 2011 y finalmente, la sentencia arquimédica, correspondiente al 26 de noviembre de 2013.

¿PROCEDE LA ACCIÓN POPULAR COMO MEDIO ATÍPICO PARA SOLICITAR LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE UN CONTRATO ESTATAL?

<p>No procede, en tanto existen acciones contenciosas para la declaratoria de nulidad de los contratos.</p>	<p>29 de marzo de 2012</p> <p>19 de febrero de 2004</p> <p>05 de julio de 2001</p> <p>2001-0091-01 del 24 de mayo de 2001</p> <p>25 de enero de 2001</p> <p>AP-025 del 23 de marzo de 2000</p>	<p>26 de noviembre de 2013</p> <p>8 de junio de 2011</p> <p>AP 1588 05 de octubre de 2005</p> <p>31 de octubre de 2002</p> <p>17 de junio de 2001</p>	<p>Sí procede, en los eventos en los que se constate riesgo inminente de daño o lesión ligados a derechos colectivos.</p>
--	--	---	--

3.1. TESIS RESTRICTIVA: No procede la Acción Popular para solicitar la nulidad de un contrato estatal.

De acuerdo con el análisis jurisprudencial realizado a los fallos del Consejo de Estado proferidos en el periodo 2000-2013, se constata una primera postura **restrictiva**⁴⁰; al respecto, se encuentra en un primer momento la Sentencia de fecha 23 de marzo del 2000, en la cual la Corporación es clara en afirmar que el cumplimiento del objeto, cláusulas y garantías contractuales, se garantizan y revisan de manera exclusiva en el marco de acciones contenciosas y a la par, manifiesta que tratándose de la responsabilidad fiscal o disciplinaria de los agentes del Estado que incurran en faltas dentro y fuera de la relación contractual, ha de acudir a la jurisdicción correspondiente atendiendo a las reglas legales dispuestas en el ordenamiento jurídico.

La sentencia precitada niega al demandante su pretensión quien manifestaba la pérdida de aproximadamente un millón de dólares del patrimonio público por parte de Aegis Enterprises Inc o el Fondo Rotatorio del Ejército, en el desarrollo de un contrato estatal, afectando derechos colectivos que encajan en los requisitos para la interposición de la acción popular. Al respecto, el Consejo de Estado considera que la acción popular no es procedente a efectos de declarar la nulidad del contrato, tal como puede leerse:

En este orden de ideas, cuando existen mecanismos distintos a la Acción Popular para defender los derechos públicos o el interés general esta acción no es de recibo, como en efecto sucede en el sub-lite, ya que el cumplimiento de las cláusulas contractuales y las garantías se puede hacer efectivo a través de las acciones contenciosas.

Cosa distinta sucede con la responsabilidad de los funcionarios que celebraron el contrato, pues en tales casos es menester iniciar la acción

⁴⁰ En la que se incluyen las sentencias AP-025 del 23 de marzo de 2000, Sentencia del 25 de enero de 2001, así como la sentencia 2001-0091-01 calendada el 24 de mayo de 2001.

fiscal y la disciplinaria, con las consecuencias a que haya lugar según el caso. Así las cosas, es evidente que la acción popular intentada no es de recibo, razón por la cual el proveído impugnado amerita ser confirmado⁴¹.

Lo expuesto por el Consejo, tiene asidero en su propósito de respetar los órganos del Estado en el desarrollo de sus decisiones administrativas, no siendo de recibo las acciones populares establecidas en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, por existir mecanismos expeditos para la petición del actor.

En otro momento, la Sección Segunda del Consejo de Estado expide la sentencia de fecha 25 de enero de 2001, abordando el caso presentado por la actora Claudia Margarita Lemos Bustamante sobre presuntas irregularidades cometidas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., en el marco de la ejecución de un contrato de obra para el dragado del Canal de El Cedro⁴².

En el fallo precitado, la alta corte de la jurisdicción contencioso administrativa consideró que la empresa no había incurrido en fallas ni faltas a la ejecución del contrato de obra, pues conforme el material probatorio logró demostrar que realizó las respectivas gestiones y diligencias, sin incurrir en el incumplimiento del contrato estatal. Al respecto, reitera el Consejo que de presentarse controversias contractuales, no es la acción popular el mecanismo idóneo para surtir tal litigio, sino que las mismas deberán someterse a la jurisdicción contenciosa a través de las acciones dispuestas para ello por el Legislador, es decir, la acción de nulidad o bien la de controversias contractuales según el caso.

Posteriormente, merece análisis la sentencia 2001-0091-01 de la Sección Primera del Consejo de Estado fechada el 24 de mayo de 2001, en la cual se revisaba la

⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia AP-025 del 23 de marzo de 2000. C.P. Carlos Orjuela Góngora.

⁴² En dicho proceso, la parte demandada aseguró que "... el contrato de ejecución de la obra de mantenimiento del canal no ha sido suspendido, lo que sucede es que su ejecución no se puede realizar secuencialmente, sino alternativamente. El hecho de que no se haga (sic) efectuado el mantenimiento del canal en algunos puntos específicos, no significa que el contrato se encuentre suspendido"

acción popular incoada por el entonces Personero Municipal de Sopó en contra del mismo municipio. En aquel fallo la Sala consideró que todo a-quo debe hacer referencia a la posible vulneración de derechos colectivos, pero no le está dado ejercer el control de legalidad cuya competencia es del juez contencioso administrativo. Así mismo, “pueden desprenderse, además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, y no el control de legalidad del contrato a que se hace referencia en la demanda, tópico propio, ese sí, de la acción contractual⁴³.”

De esa manera, las mencionadas sentencias ostentan una estrecha relación respecto del contenido de las reglas jurisprudenciales aplicables al objeto de estudio e incorporadas en la *ratio decidendi*, puesto que se orientan a rechazar la procedencia de las acciones populares en la búsqueda de dejar sin efectos desde la nulidad absoluta, una relación contractual administrativa. Aun cuando en los diversos fallos el juez contencioso advierte su importante función en defensa de derechos colectivos por tener carácter superior, no considera que la acción popular sea la salida jurídica apropiada para superar inconvenientes netamente contractuales, por lo que la efectiva vía son las acciones contenciosas, máxime cuando se trata de salvaguardar la integridad del patrimonio público y demás actuaciones de sus servidores. Adicionalmente, los tres fallos precitados son específicos en afirmar que así como ha de acudir a las acciones contenciosas a efectos de decidir sobre la nulidad del contrato, así también habrán de iniciarse las acciones fiscales y disciplinarias contra los funcionarios responsables, cuando a ello hubiere lugar.

Al respecto, cabe mencionar algunos trabajos investigativos en los que haciendo seguimiento a la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha encontrado que:

Si cualquier persona considera que la sola existencia del contrato estatal vulnera y amenaza un derecho o interés colectivo y considera que la única forma de garantizar su protección es mediante la anulación del contrato,

⁴³ Colombia. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Sentencia 2001-0091-01 del 24 de mayo de 2001. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

deberá acudir al medio de control ordinario de controversias contractuales y acreditar un interés directo. Esto permitiría entonces cuestionarnos lo que comprendemos por interés directo e indirecto. Un miembro de la comunidad en donde, por ejemplo, se pretende ejecutar una obra en la cual él considera que se está ejecutando un objeto expresamente prohibido por la ley, tendría interés directo para demandar.

O si frente un contrato estatal observamos que la entidad contratante suscribió un contrato, violando el régimen de inhabilidades o incompatibilidades, cualquier persona del territorio nacional estaría habilitada para solicitar la nulidad del contrato a través del medio de control de controversias contractuales, ya que está claro su interés directo sobre la moralidad administrativa y el adecuado manejo de lo público⁴⁴.

3.2. TESIS INTERMEDIA: La Acción Popular no es procedente para declarar la nulidad del contrato estatal, pero podrán adoptarse medidas tendientes a la protección de derechos colectivos.

En lo que respecta a esta postura, el Consejo de Estado conserva su posición frente a la procedencia de la acción popular en el marco de la declaratoria de nulidad de los contratos estatales es decir, afirma de manera categórica que no es dable en el marco de tal acción asumir una competencia que si bien corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, solo puede efectuarse a partir de acciones ordinarias tales como la acción de nulidad o de controversias contractuales según sea el caso.

En este sentido, el Consejo de Estado promueve la sentencia de fecha 05 de julio de 2001 mediante la cual el Sindicato Nacional de Empleados de la Registraduría

⁴⁴ ALZATE, J, y NANCLARES, J. Prohibición expresa de anular contratos en la acción popular: ¿una solución o un problema?. En: REVISTA LASALLISTA DE INVESTIGACIÓN, Vol. 13, No. 1, 2016. p.188-204.

Nacional del Estado Civil – SINTRAREGINAL – invoca una acción popular contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y Sociedad Sciete D'applications Generales D'Eelectricite Et Mecanique Sagem S.A., al considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa en la ejecución de un contrato administrativo. En el caso *sub examine* el Alto Tribunal consideró que la acción popular no es la apropiada para declarar la ilegalidad o caducidad del contrato estatal; sin embargo, señala que el juez a partir de un análisis simple está facultado para deducir la existencia de un posible riesgo para el derecho colectivo invocado – en este caso la moralidad administrativa - y aceptar la acción popular.

Manifiesta al respecto que “es necesario que ante los ojos del juez se presente la inminencia del daño que se pretende evitar o hacer cesar con la medida cautelar deprecada. Hay ocasiones en que ello es patente, como en los casos de seguridad y salubridad públicas y otros de los previstos en el artículo 4º de la ley 472/98⁴⁵”. De esa manera, se abstiene de conceder la acción popular en los términos solicitados es decir, que existiendo vías alternas desde el ordenamiento jurídico para la determinación de la legalidad o caducidad del negocio jurídico, se exhorta a la iniciación de las acciones ordinarias propias para la solución de controversias contractuales, siendo improcedente también a ojos del operador judicial la iniciación de medidas cautelares en procura de la protección del derecho colectivo invocado, en tanto no logra demostrarse el posible daño alegado por el actor.

Al mismo tenor, la Corte Constitucional en providencia C-088 del 2 de febrero de 2000 manifestó que “no se trata, pues, de que, a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo

⁴⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia del 05 de julio de 2001. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo.⁴⁶”

La anterior tesis constituye un *obiter dicta*, en tanto no tiene fuerza vinculante ni ostenta obligatoriedad, por lo que constituye un juicio persuasivo para la toma de decisiones jurídicas en torno a la procedibilidad de las acciones populares en la ejecución y desarrollo de contratos estatales.

En un posterior fallo, el Consejo de Estado promueve la sentencia AP 559-01 del 19 de febrero de 2004, en la cual Luis Carlos España Gómez acciona contra la Nación Superintendencia Nacional de Salud, el Departamento de Nariño y la Asamblea de este Departamento y el señor Álvaro Ordóñez Terán, con el fin de evitar un daño contingente y se protejan derechos colectivos presuntamente afectados en el marco de ejecución de un contrato estatal.

En el fallo en comento, la Corporación precisa que la acción popular tiene su origen en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de personas privadas que desempeñen funciones administrativas⁴⁷ que pongan en riesgo derechos colectivos y tendrá competencia la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre aquellos procesos de acciones populares.

Lo anterior significa, en primer lugar, que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son: a), 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 b), que esas situaciones se deban a actos, acciones u omisiones de autoridades públicas o de particulares. Ambos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁷ Ley 472 de 1998, artículo 15. Jurisdicción: La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

En segundo lugar, que la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, de suerte que sólo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnere o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva⁴⁸.
(Subrayado fuera de texto)

Al respecto, advierte el Consejo de Estado que ante una grave violación a los intereses o derechos colectivos, del orden legal o reglamentario, procede la suspensión del acto de que se trate, “sin necesidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad que aduce el actor, pero no tanto por la ilegalidad como por la vulneración del derecho colectivo”⁴⁹

Finalmente, se expide la sentencia 2012-00058-00 de fecha 29 de marzo de 2012 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que se estudia la acción popular promovida por la Compañía Integral de Recuperación de Activos S.A. contra el Tribunal Administrativo del Magdalena, que en palabras de la actora vulnera los derechos de la moralidad administrativa y patrimonio público en virtud del contrato estatal celebrado entre el Instituto Distrital de Tránsito y Transportes de Santa Marta (INDISTRAN) y el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, la Unión Temporal de Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y

⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Sentencia AP-559-01 del 19 de febrero de 2004. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁴⁹ *Íbid.*

Transporte de Santa Marta (SIETT) de Santa Marta, motivo por el cual solicita la respectiva nulidad absoluta o terminación del contrato.

Frente al particular, el Consejo de Estado sostiene que el *ad quem* ha debido acogerse a los precedentes jurisprudenciales en el sentido de rechazar la acción popular incoada con el fin de dejar sin efectos un contrato, toda vez que reitera, existen mecanismos jurídicos idóneos de naturaleza contenciosa ordinaria que pueden invocarse a ese efecto; no obstante, sostiene que ante la inminente lesión o grave amenaza de derechos colectivos, es procedente la adopción de medidas cautelares para la protección de aquellos derechos colectivos posiblemente vulnerados. A ese tenor, manifiesta el Consejo de Estado:

(...) dado el exhaustivo análisis que efectuó en esa sede, debió acompañar la orden a otro tipo de medidas cautelares que protegieran los derechos colectivos que encontró infringidos, bien confirmando lo dicho por el juez de instancia o diseñando sus propias medidas, pero, se repite, sin entrar a fulminar el contrato estatal suscrito hace más de diez años, pues de otra manera desconocería no sólo el procedimiento diseñado desde antaño por la ley para el efecto, y de contera, el término improrrogable para demandar los contratos estatales⁵⁰.

De esa manera, y luego del análisis de las sentencias precitadas en este punto, es posible advertir que aún existe dicotomía jurisprudencial en torno a la procedencia de la acción popular para la nulidad de contratos de índole administrativo, dejando al proceso cognoscitivo del juez su determinación según el contexto de los hechos, a fin de evitar posibles daños contingentes de derechos colectivos como la moralidad administrativa y el patrimonio público, ante las actuaciones de agentes o servidores públicos.

⁵⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia 2012-00058-00 del 29 de marzo de 2012. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

3.3. TESIS AMPLIA: *Procede la Acción Popular para declarar nulidad de contrato estatal.*

En una tesis final, el Consejo de Estado contempla la admisión de las acciones populares con independencia de los procesos administrativos en defensa de derechos colectivos posiblemente vulnerados, admitiendo en el mismo sentido, medidas cautelares para su protección. En lo que atañe a esta tendencia, puede mencionarse lo dispuesto en el fallo 166 del 17 de junio de 2001 relacionada con el contrato de construcción del “Estadio Pastusidad Tercer Milenio”, ubicado en una zona de alto riesgo volcánico en la ciudad de San Juan de Pasto, por lo que se invocó una acción popular por la presunta vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa en el marco de ejecución del mencionado contrato de obra.

En dicho fallo, el Consejo de Estado claramente abre la puerta a esta postura en tanto contempla la facultad del juez contencioso para que en el marco de una acción popular pueda, concatenado a la protección de los derechos colectivos cuya amenaza o grave lesión se constate, proceder a la anulación de contratos administrativos. Al respecto, menciona la Corporación de forma taxativa que “la acción popular no es subsidiaria, que no se trata de una acción sancionatoria, y que no se identifica con ninguna acción de responsabilidad⁵¹”, y añade:

[T]al vez teóricamente pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias; sin embargo, en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros⁵².

⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia 166 del 17 de junio de 2001. C.P. Alier Hernández Enríquez.

⁵² *Ibid.*

En consonancia, y dado que en el marco de la sentencia que se cita se encuentra evidencia de graves irregularidades en la ejecución del contrato de obra demandado, que afectan derechos de la comunidad, el Consejo ordena a la Alcaldía Municipal de Pasto la suspensión inmediata del contrato y en consecuencia, otorgar un destino apropiado al terreno dispuesto para la construcción del proyecto demandado.

Más adelante hacia el año 2002, el Consejo de Estado se pronunció sobre la demanda presentada por Jesús Orlando Mejía Yepes contra la Empresa Licorera de Nariño y Otros, en la que alegaba el actor la configuración de una presunta desviación de poder como causal de nulidad absoluta en un contrato estatal, cobijado por la ley 80 de 1993, sumado a la afectación de derechos de naturaleza colectiva como la moralidad administrativa y el patrimonio público, situación ésta que en palabras del actor, hacía procedente la acción popular.

En ese escenario, el Consejo de Estado sostuvo que:

[E]l contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como ésta 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 colectivo⁵³.

A renglón seguido, sostiene el Consejo que dada la naturaleza de la acción popular, esto es la prevención de vulneración de derechos colectivos, ha de entenderse que el juez que conoce de dicha acción es también competente para controvertir la legalidad del contrato estatal que ha dado lugar a la presunta vulneración.

⁵³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia AP-518 del 31 de octubre de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

A pesar de que la acción de nulidad absoluta de los contratos sólo puede ser intentada, en principio, por las personas señaladas en la ley, cuando se ejerce una acción popular estará legitimada “cualquier persona” o podrá el juez declararla de oficio, cuando esa decisión sea necesaria para proteger los derechos colectivos, siempre y cuando en este último evento se cumplan las condiciones previstas en el artículo 87 del C.C.A. Considera la Sala que esa legitimación universal en las acciones populares se justifica porque el objeto directo de la pretensión de nulidad absoluta no está referida al contrato mismo sino a la protección del derecho colectivo vulnerado o amenazado con aquél y además, porque en estas acciones no se trata de un conflicto litigioso entre partes que defienden derechos subjetivos. Adicionalmente, la acción popular está prevista en la Constitución para la protección de los derechos e intereses colectivos, por lo cual procede de manera preferente a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial que puedan asegurar idéntico fin, es decir, no es esta una acción supletiva como sí lo es la tutela⁵⁴.

De esa manera, en el caso *sub examine* la Corporación decide suspender la ejecución del contrato, “hasta tanto se defina por la jurisdicción contencioso administrativa la demanda de nulidad absoluta del contrato que en ejercicio de la acción contractual presentó la primera⁵⁵.”

En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia AP-1588 de fecha 05 de octubre de 2005, en la que se reafirma la tesis de permisividad de la acción popular y su incidencia en un contrato estatal, acudiendo a lo preceptuado en la ley 472 de 1998 y la potestad del juez popular en la toma de medidas preventivas o de suspensión de contratos administrativos.

En la sentencia precitada, la Corporación reitera distintos antecedentes jurisprudenciales ya reseñados y al respecto sostiene:

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

[L]os contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso –incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, al tiempo que –con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo⁵⁶.

No obstante, incorpora la Corporación una aclaración en el sentido de que respecto de la competencia del popular, aquel debe acudir al principio de precaución, siendo por demás cuidadoso al adoptar medidas que garanticen la protección de derechos colectivos, siempre que curse proceso ante el juez natural del contrato.

Posteriormente, cabe resaltar lo manifestado por la Corporación mediante la sentencia de 8 de junio de 2011 proferida por la Sección Tercera con ponencia del Consejo Enrique Gil Botero, en la que de manera expresa y frente a la finalidad de la acción popular el Consejo de Estado expresó:

Su objeto es el de evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, no persiguiendo derechos subjetivos, sino los de la comunidad. Al respecto, vale la pena vulneración o agravio de un derecho colectivo sin distinguir si se trata de acciones u omisiones de las autoridades y sin importar el instrumento mediante el cual éstas pueden ocasionar el agravio (actos administrativos, contratos, operaciones o hechos administrativos)⁵⁷.

Finalmente, se encuentra respecto a esta postura la sentencia 2011-00227 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado con fecha 26 de

⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia AP-1588 del 5 de octubre de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 08 de junio de 2011. C.P. Enrique Gil Botero.

noviembre de 2013, la cual se erige como la sentencia arquimédica o punto de apoyo a efectos de esta línea jurisprudencial. Se trata de un fallo en el cual se atiende la demanda incoada por Ángela María Maldonado Rodríguez y Otros, contra el Ministerio de Medio Ambiente, Fundación Instituto de Inmunología de Colombia y Otros, por la defensa de derechos colectivos como la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, la seguridad y salubridad públicas, afectados en virtud de la ejecución de un contrato estatal.

En el marco de este asunto, el Consejo de Estado procede a analizar lo introducido en el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, buscando un criterio unívoco frente a la procedencia de la acción popular a efectos de la declaratoria de nulidad de contratos administrativos con amparo en la amenaza o riesgo inminente de derechos colectivos. Al respecto, señala el máximo Tribunal Contencioso que la acción popular a diferencia de la acción de tutela, “tiene una característica esencial que consiste en que se trata de un medio de protección principal, es decir, no es subsidiario, ni su ejercicio se supedita al ejercicio de otros medios de control⁵⁸”, lo que implica que puede adelantarse sin perjuicio de otros mecanismo judiciales que puedan invocarse según el caso.

De ese modo, reitera el Consejo de Estado que “la acción o pretensión popular es un mecanismo procesal constitucional que permite sin limitación o restricción alguna demandar la legalidad de actos administrativos o contratos estatales, siempre y cuando éstos sean la fuente de la vulneración, amenaza o peligro frente a los derechos o intereses colectivos cuya protección se solicita”⁵⁹.

Así las cosas, la sentencia en estudio es clara en reconocer el valor constitucional del artículo 88 sobre las acciones populares, permitiendo al juez popular tomar medidas respectivas para disminuir la amenaza o vulneración, relacionadas con

⁵⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia 2011-00227 del 26 de noviembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁹ *Ibíd.*

“obligaciones de: dar, hacer, no hacer, y de garantía”⁶⁰ emergentes del contrato estatal, y que tienen relación directa con la reparación de actuaciones administrativas.

De lo expuesto, se tiene entonces que la postura en el Consejo de Estado frente a la procedencia de las acciones populares como un mecanismo atípico para la declaratoria de nulidad de los contratos estatales no es unánime; al respecto, manifiesta el jurista Alier Enriquez:

“La Sección Primera del Consejo, en sus formulaciones generales, parece no encontrar obstáculo para la procedencia de la acción popular frente a la actividad estatal, cualquiera sea su manifestación, pues ha llegado a la conclusión de que dicha acción no es subsidiaria, característica que hace irrelevante la procedencia de otros medios de defensa del derecho de que se trate frente a la actuación cuestionada. (...) “La tesis de la Sección Segunda, en sus dos subsecciones, ha sido radicalmente opuesta; para ella, la acción popular no es mecanismo idóneo para que el juez se pronuncie en relación con los contratos estatales, pues, con ese propósito hay otros caminos establecidos por la ley. (...) “La sección tercera ha aceptado siempre la procedencia de la acción popular frente al contrato estatal, para lo cual ha tomado en consideración el hecho de que la ley no la estableció como subsidiaria de ninguna otra ni de los mecanismos judiciales ni de los medios de control ordinarios. (...) “La Sección Cuarta ha desechado, como razón para la improcedencia de la acción popular, el hecho de que existan otros mecanismos judiciales de defensa de los derechos que se pretenden amenazados o violados. (...) “La Sección Quinta, desde la sentencia de 1º de febrero de 200121, acepta que la acción popular procede frente a los contratos estatales a condición de que se demuestre la vulneración de un derecho colectivo”⁶¹.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Cabe resaltar a este respecto, el fallo de constitucionalidad proferido por la Corte Constitucional en la cual se dijo:

La disposición acusada, es pues desarrollo de la libertad de conformación que le asiste a nuestro órgano de representación popular, por expresa habilitación constitucional. Tan claro es que no cercena los claros poderes del juez de la acción popular que, a continuación dispone que no obstante no estar habilitado para anular contratos o actos administrativos, el juez puede adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

El hecho de que no se puedan anular contratos o actos administrativos, asunto reservado a otro tipo de medios de control judicial de la administración, no inhibe al juez en sus amplios poderes. El hecho de que se impida que por este medio se creen institutos sucesivos o paralelos a los previstos por el legislador para la anulación de actos administrativos o contratos no entraña una violación de la Constitución, sino por el contrario su desarrollo armónico. Tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el orden y la seguridad jurídica imponen que la utilización de los medios de defensa judicial se haga en forma racional, de manera que no se interfieran o anulen entre sí⁶²

En suma, aún sigue vigente la discusión frente a la admisibilidad de la acción popular en la nulidad de contratos estatales, siendo muy corta la jurisprudencia para el caso en investigación, se arguye que las dos posiciones intermedia y amplia del objeto, se profundicen en el desarrollo del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y su artículo 144, frente a perjuicios graves e inminentes que afecten a una comunidad por actuaciones administrativas.

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 del 31 de agosto de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

4. CONCLUSIONES

1. La acción popular es una acción pública y constitucional, que permite la protección de un derecho o interés colectivo en aquellos eventos en los cuales se perciba su amenaza o vulneración; por naturaleza, la acción popular es un mecanismo jurídico tendiente a prevenir posibles daños sobre los derechos colectivos reconocidos a los conciudadanos en tanto sujetos comunitarios o sociales. De ese modo, los derechos colectivos son de estricta observancia de las entidades públicas y los particulares, y están presentes en el desarrollo de las relaciones entre los particulares y el estado, entre ellas, las relaciones contractuales.

2. En el marco de la contratación estatal, el Legislador ha diseñado diversas herramientas jurídicas que permiten al Estado y los particulares ejercer control de legalidad respecto de los negocios jurídicos celebrados con el Estado; así, en caso de encontrarse configurado algún vicio, los interesados podrán solicitar la declaratoria de nulidad del contrato a través de acciones de carácter contencioso a saber: En primer término la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho – según sea el caso y el contenido de las pretensiones del demandante – sobre aquellos actos proferidos en la etapa precontractual; y en segundo término, la acción de controversias contractuales en los eventos en los que la ejecución del contrato haga evidentes irregularidades que por su naturaleza son contrarias al principio de legalidad, buena fe e interés público.

3. A efectos de ejercer la potestad de suspender o no el contrato estatal en tanto esté afectando el derecho colectivo, es claro que debe atenderse el material probatorio allegado al proceso a fin de determinar en principio la real amenaza o afectación del derecho colectivo que se reclama; de ahí que, en atención a las diversas posturas reseñadas por el Consejo de Estado – *restrictiva, intermedia y*

amplia-, es posible afirmar que no existe una tendencia definitiva que permita concluir la procedencia de la acción popular frente a la declaratoria de nulidad de los contratos. Por el contrario, al parecer dicha determinación obedece a las circunstancias propias del contexto, quedando en libertad el operador judicial de aplicar los antecedentes jurisprudenciales según cada caso concreto.

4. Si bien puede considerarse que a partir de la tesis amplia del Consejo de Estado, el juez contencioso pareciera ser más garantista de los derechos colectivos y más allá de ello, tomar verdaderas determinaciones a efectos de “*volver las cosas a su estado anterior*” en cumplimiento de lo dispuesto por la Carta Política y la Ley 472 de 1998 frente a la naturaleza de la acción popular, cierto es que de alguna forma modifica o hace al extremo extensivas sus facultades en tanto juez popular, aun a pesar de la existencia de mecanismos jurídicos idóneos que permiten debatir la legalidad de los contratos y que son también competencia del juez contencioso. Sin embargo, ha dicho el propio Consejo de Estado que la Acción Popular no ostenta carácter subsidiario; no obstante, al unísono, se ha pronunciado de forma clara manifestando que las acciones legales deben atender a su naturaleza, es decir que conforme su finalidad deberán ser invocadas ante el juez competente, razón por la cual no es posible aplicar una suerte de *transmutabilidad* de las acciones, aun cuando se constate la vulneración de derechos.

A ese tenor, no existe claridad jurisprudencial que permita con un alto grado de seguridad jurídica, emprender una solicitud de nulidad de los contratos en el marco de acciones populares; bien porque no es clara su procedencia o bien, porque el actor corre el riesgo de someterse a un desgaste litigioso que no necesariamente le permite materializar el principio de economía procesal.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHUMADA, Omar. Derecho y Ética de la Gestión Pública Municipal. Disponible en: oahumada.ublog.cl/archivos/1364/derecho_y_etica_de_la_gestion_publica.doc

ALZATE ORTIZ, Juan, y NANCLARES MARQUEZ, Juliana. Prohibición expresa de anular contratos en la acción popular: ¿una solución o un problema? En: REVISTA LASALLISTA DE INVESTIGACIÓN, Vol. 13, No. 1, 2016.

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis, Bogotá, 2011.

ÁVILA, D. Régimen presupuestal de los contratos estatales temas en contratos. DIKE, Medellín, 2010.

BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Contratación Estatal: Estudios Sobre La Reforma Del estatuto Contractual. Ley 1150 de 2007. Compendio. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

BRESSER-PEREIRA, L. y CUNILL, N. Entre el Estado y el mercado: lo público no estatal. CLAD/Paidós, Buenos Aires, 1998.

BETANCUR, J. Estatuto general de la contratación pública. DIKE, Medellín, 1998.

CARRILLO BALLESTEROS, Jesús. Del patrimonio público una aproximación al concepto y a su contenido. Bogotá, 2006.

COLOMBIA, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá, D.C.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 57 de 1887. Bogotá, D.C.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 de 1993. Diario Oficial No. 41.094 de octubre 28 de 1993. Bogotá, D.C.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 472 de 1998, artículo. 2. Diario Oficial No. 43.357 de agosto 6 de 1998. Bogotá, D.C.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1437 de 2011. Diario Oficial No. 47.956 de enero 18 de 2011. Bogotá, D.C.

FRANCO GUTIERREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Tercera edición. Editorial Abogados Librería. Bogotá, 1996.

GONZÁLEZ MONROY, Ana Delia. La responsabilidad del Estado, de las instituciones y de los profesionales. En: Revista Juris Vol. XXIII. 2011.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

HOYOS, Ricardo. La acción popular frente al contrato estatal. En: Revista en Derecho Público, No. 17. Bogotá, 2004.

LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio. Anulación de los actos de la administración pública. Editorial Doctrina y Ley, primera edición. Bogotá, 1996.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Legis, Segunda Edición. Bogotá, 2010.

LONDOÑO TORO, Beatriz. y TORRES VILLAREAL, María Lucía. ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales? Universitas, Bogotá, 2012.

LONDOÑO TAMAYO, Ivette. La nulidad absoluta de los contratos estatales. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2014.

MATALLANA, Ernesto. Acción Popular de Moralidad Administrativa. En: Revista Digital de Derecho Administrativo, Ed. No. 4, 2010.

OSPINA PLATA, Luis Guillermo. La acción popular procede contra los contratos estatales. Universidad de la Sabana, Bogotá, 2011.

PADILLA SUNDHEIN, Jorge, y VÁSQUEZ GOMEZ, Jean Paul. La Nulidad de los contratos Estatales en las acciones populares Un estudio doctrinal a la teórica jurisprudencial del consejo de Estado colombiano. En: Revista Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol 10. Octubre 2008 - marzo 2009.

RAZ, J. Citado por CRUZ PARCERO, J. A. Sobre el concepto de derechos colectivos. 1998.

SANTOFIMO, J. Tratado de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

SUAREZ BELTRAN, Gonzalo. La Nueva Contratación Pública en Colombia. Editorial, Legis, Bogotá, 2009.

TAFUR GALVIS, Álvaro. Estudio de derecho público, Ediciones Gustavo Ibañez LTDA. Bogotá, 1997

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. Primera Edición, Editorial Dike. Medellín, 2001.

TORRES, Luisa Alexandra. El principio de legalidad: una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal. 2016. Disponible:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4595/5400>

VILLAMIZAR, Eddy. El Derecho Colectivo “moralidad administrativa” en la contratación estatal. En Scielo, 10 de julio de 2006.

5.1. Referencias Jurisprudenciales.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235 del 19 de mayo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia C-597 del 21 de octubre de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999. M.P. Martha Victoria Sháchica de Moncaleano.

_____, Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia AP-025 del 23 de marzo de 2000. C.P. Carlos Orjuela Góngora.

_____, Sección Cuarta. Sentencia 064 del 18 de mayo de 2001. C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

_____, Sección Primera. Sentencia 2001-0091-01 del 24 de mayo de 2001. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

_____, Sección Tercera. Sentencia 166 del 17 de junio de 2001. C.P. Alier Hernández Enríquez.

_____, Sección Segunda. Sentencia del 05 de julio de 2001. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

_____, Sección Segunda. Sentencia de 2001. C.P. Jesús María Lemus Bustamante.

_____, Sección Cuarta. Sentencia AP-300 del 31 de mayo de 2002. C.P. Ligia López Díaz.

_____, Sección Tercera. Sentencia ap-518 del 31 de octubre de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

_____, Sentencia 02446-01 del 22 de mayo de 2003. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

_____, Sección Primera. Sentencia AP-559-01 del 19 de febrero de 2004. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

_____, Sección Tercera. Sentencia 2003-00254 del 10 de febrero de 2005. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

_____, Sección Tercera. Sentencia AP-1588 del 5 de octubre de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

_____, Sección Tercera. Sentencia AP-00287 del 8 de junio 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-387 del 28 de mayo de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 08 de junio de 2011. C.P. Enrique Gil Botero.

_____, Sección Tercera. Sentencia 1330 del 8 de junio de 2011. Sección Tercera. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 del 31 de agosto de 2011. M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia 2012-00058-00 del 29 de marzo de 2012. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero

_____. Sentencia 1608-12 del 22 de agosto de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón

_____, Sección Tercera. Sentencia 2011-00227 del 26 de noviembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero.

_____. Sentencia 2004-01200- 01 de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia 2012-00656 del 25 de febrero de 2016. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz

