

**LAS ACCIONES POPULARES COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN  
CONSTITUCIONAL PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS  
FRENTE A LOS CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS  
JURISPRUDENCIAL ENTRE LOS AÑOS 2007 – 2008\***

***Camilo Arango Gómez\****

**Resumen**

Las acciones populares como mecanismos de defensa de los derechos colectivos fueron elevadas a rango constitucional mediante su consagración en la Constitución Política colombiana de 1991 con una finalidad tanto garantista como participativa. Siendo los hechos generadores de posibles violaciones de esos derechos colectivos tanto las omisiones como las acciones de las entidades públicas, es innegable que la actividad contractual como una especie de esa actividad administrativa puede ser vulneradora de intereses colectivos, dándose según las sentencias del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa la posibilidad de examinar la legalidad de un contrato estatal, llevando incluso a un pronunciamiento de nulidad contractual en sede popular.

**Palabras Claves:** Acción Popular, Derechos Colectivos, Moralidad Administrativa, contrato estatal, nulidad absoluta.

**Abstract**

---

\* El presente artículo contó con la colaboración de los estudiantes de Derecho Juan Mauricio Bustamante T. y Jairo Alberto Correa Tangarife de la Corporación Universitaria Remington.

\* Abogado de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente de tiempo completo de Corporación Universitaria Remington.  
[camilo.arango@remington.edu.co](mailto:camilo.arango@remington.edu.co)

Class actions as defense mechanisms of collective rights were elevated to constitutional status through their consecration in the Colombian constitution of 1991 with an aim both guarantor and participatory. With the events for possible violations of collective rights as both omissions actions of public bodies, it is undeniable that the contracting activity as a kind of administrative activity that may be vulnerable to collective interests, giving the judgments of the highest organ of the contentious jurisdiction the opportunity to review the legality of a state contract, even carrying to a contractual invalidity in a popular stage.

**Keywords:** People's Action, Collective Rights, Administrative Morality, state contract, absolute nullity.

## INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Política está cercana a cumplir veinte años de vigencia, dos décadas donde el texto de ésta ha sido abordado por la academia jurídica desde diferentes y múltiples puntos de vista, así como también ha sido objeto de interpretaciones por parte de los operadores jurídicos tanto judiciales como administrativos.

Nuestra norma superior puede valorarse positivamente por muchos aspectos, pero es sin duda la consagración de diferentes acciones procesales constitucionales uno de sus más grandes avances, así (Hidrón, 2010, p.1) afirma que la Constitución concibió un nuevo derecho procesal el cual se conforma de un número de acciones que son claramente diferenciables de las acciones legales tradicionales, éstas son las de tutela, de *habeas corpus*, de cumplimiento y populares.

Ese último mecanismo de protección es en el cual centraremos los argumentos del presente escrito, es decir en la acción popular consagrada en el artículo 88 constitucional y desarrollado por la Ley 472 de 1998. Así se recordarán y describirán algunas características fundamentales de esa acción para luego ocuparnos de los derechos que protege -los derechos colectivos-, teniendo como principal sustento las sentencias del máximo órgano de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado.

Por último, y siendo el objeto principal de este trabajo, describiremos e identificaremos las tendencias que existen actualmente en el Consejo de Estado en el marco de las acciones populares cuando éstas se dirigen a enjuiciar contratos estatales, frutos de las actuaciones de los entes públicos que se encuentran vulnerando el derecho colectivo de la moralidad administrativa. Encontraremos una tesis limitada o exegética que no permite realizar juicios de legalidad de estos contratos, y también encontraremos una

tesis de amplio espectro o garantista, que sostiene que en las acciones populares es posible realizar juicios de legalidad de los contratos estatales, siendo posible incluso la anulación de éstos sin necesidad de acudir a la acción consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Es relevante clarificar que en este escrito no se abordará el tema de las violaciones de derechos colectivos del patrimonio público por parte de un contrato estatal como génesis de un posible fallo de nulidad en sede popular. Así como tampoco se abordará el tema de responsabilidad disciplinaria y fiscal fruto de un posible fallo de nulidad de un contrato estatal en sede popular, ni se realizará mención alguna a la responsabilidad de índole penal que pueda llegar a surgir de ese mismo supuesto.

## **ACCIONES POPULARES**

La Ley 472 de 1998 define las acciones populares en su artículo 2º como: “Los 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 o intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”; así mismo el Consejo de Estado (Sentencia, 2007a) nos expresa que:

La acción popular es un mecanismo constitucional que ante la vulneración de los Derechos Fundamentales y colectivos, procede en defensa de la dignidad ciudadana. Al respecto, la Procuraduría Quinta Administrativa del Tribunal de Cundinamarca, expresa que la acción popular es una acción autónoma, no subsidiaria, establecida para proteger los derechos colectivos frente a la acción u omisión de las autoridades y de los particulares, sin excepción alguna

Así podemos definir esta acción popular como el mecanismo procesal, es decir judicial, que pretende defender los derechos o intereses colectivos de los asociados de una forma excluyente, significando lo anterior, sin necesidad de acudir a otra acción judicial para ello, cuando lógicamente la vulneración de esos intereses tengan como origen actos u omisiones, tanto de entidades públicas como de particulares.

La actual acción popular de índole constitucional, aunque cuenta con características propias a partir de 1991 y principalmente desde del año 1998 cuando se expide la ya mencionada Ley 472, encuentra algunos antecedentes en la legislación colombiana entre los que podemos mencionar los artículos 1005 a 1007 de Código Civil, los cuales buscaba la protección de bienes de uso público, también en esta codificación existen en los artículos 2359 y 2360 una acción que buscaba reparar perjuicios derivados de las obras que amenacen ruina o por negligencia de un individuo, que pongan en peligro a personas indeterminadas; la Ley 9ª de 1989 que buscaba la protección del espacio

público y el medio ambiente frente a conductas vulnerantes de entes públicos y privados para asegurar el disfrute y goce de esos bienes, también el decreto 653 de 1993 que aseguraba los derechos de los usuarios cuando eran ejercidas actividades contrarias a la libre competencia por parte del sector financiero y asegurador. A pesar de esa dispersión normativa en temas de defensa de los intereses colectivos, es la actual acción popular regulada en la Ley 472, la que aglutina en este momento los mecanismos y procedimientos de la acción judicial tendiente a la protección de esos derechos colectivos.

Como toda institución jurídica, las acciones populares según las normas que la regulan y la jurisprudencia de las altas cortes, cuenta con ciertas características que la hacen única, miremos:

- Tiene como finalidad exclusiva la protección de los derechos e intereses colectivos, los que se encuentran en la ley y además los consagrados en la Constitución y los tratados internacionales, así el mecanismo objeto de estudio tiene como fundamento y como elemento de funcionalidad la existencia de una vulneración de derechos colectivos o intereses colectivos, ya que cualquier otro tipo de actuaciones que transgredan derechos fundamentales o individuales contarán con otros mecanismos para su protección.
- Puede ser ejercida por toda persona como derecho de defensa de la comunidad, así lo expresa la Corte Constitucional (Sentencia, 1999), esto significa que todas las personas ya sean jurídicas o naturales, incluso extranjeras, podrán hacer uso de las acciones populares para proteger los derechos colectivos que pueden ser vulnerados, por lo tanto este mecanismo constitucional se puede catalogar como una acción de naturaleza pública, pues no se requiere contar con una calidad especial para hacer uso de ella.
- Es un instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir (Asamblea Nacional Constituyente 1991, 1991). Observamos entonces que las acciones populares son mecanismos judiciales, ya que una vez ejercidas obligan al Estado-Juez a realizar las actuaciones correspondientes mediante sentencias u órdenes para buscar que la vulneración de los derechos colectivos cese.
- Es una acción principal, a diferencia de la acción de tutela que es subsidiaria. Este carácter, de superlativa importancia, es la catalogación de la acción popular como una acción principal, ya que los jueces que deben

decidirlas no podrán condicionar su prosperidad a la existencia de otros mecanismos ordinarios de protección como sucede en las acciones de tutela. Así, presentada una acción popular, el juez deberá culminar el proceso con una sentencia siempre de fondo, que resuelva sobre la violación o no de un derecho colectivo.

- La acción popular se rige por la prevalencia del derecho sustancial y el principio *iura novit curia*, según expresa el Consejo de Estado sección (Auto, 2002); por lo tanto presentada una demanda de acción popular deberá expresar el actor qué derecho colectivo se está vulnerando, pero puede ocurrir que en el proceso el juez pueda identificar que la misma acción u omisión no solo viola el derecho colectivo esgrimido por el actor sino otros, podrá entonces fundamentar su decisión, también teniendo en cuenta todos los derechos colectivos que observe vulnerados por una misma actuación.

Así las cosas, podemos definir las acciones populares como los mecanismos constitucionales de naturaleza judicial que pretenden proteger la vulneración o la amenaza de vulneración de los derechos colectivos, originados en las actuaciones u omisiones de las entidades tanto públicas como privadas, es de naturaleza pública pues toda persona está legitimada para incoarla ante los jueces populares y estos deberán darle un trato de acción principal, ya que deberán fallar de fondo, y no podrán supeditar su admisión a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, igualmente el juez popular podrá tomar las medidas que considere necesarias para hacer cesar la vulneración de esos derechos o intereses colectivos, los cuales trataremos de definir a continuación.

## **DERECHOS COLECTIVOS**

Los derechos colectivos como concepto general, a diferencia de la acción popular, no encuentran una definición normativa, así se deberán tomar pronunciamientos del Consejo de Estado para dotar de contenido una posible ilustración. La expresión “derechos colectivos” la podemos observar en el artículo 88 de la Constitución y también la observamos mencionada en diferentes artículos de la Ley 472 de 1998, pero ni en ésta o aquélla podemos identificar los elementos necesarios para construir claramente el concepto de derecho colectivo, debemos comenzar por tomar lo indicado por el Consejo de Estado (Sentencia, 2001), que expresa:

La calificación de derecho colectivo no nace de (del hecho de) que varias personas estén en una misma condición, ni porque se acumulen situaciones parecidas; el derecho colectivo no se origina en un individuo sino en la comunidad misma. Para que un derecho sea colectivo no se requiere que dos o más personas estén en situación idéntica;

es colectivo porque está dado legalmente a la comunidad, desde antes que ésta pueda sufrir el quebranto y no se vuelve colectivo por la pluralidad de individuos que se vean afectados por la misma situación de acción u omisión proveniente del demandado.

Por lo tanto los derechos colectivos adquieren una característica inicial la cual podemos definir como la titularidad, serán así intereses colectivos los que pertenezcan a toda la comunidad, no podemos expresar que la titularidad de un derecho colectivo es de una persona específicamente, así una persona pueda solicitar la protección de ese tipo de derechos, no porque estos le pertenezcan a ella, sino porque hace parte de esa comunidad, y el individuo actuará en nombre y representación de todos, así todo derecho colectivo o intereses colectivos no podrá entenderse como la aglutinación de varios derechos individuales, sino como un solo derecho que pertenece o está en cabeza de un colectivo.

Lo anterior también se complementa por parte del mismo Consejo de Estado (Sentencia, 2008a), que dice:

(Los) derechos colectivos (son) aquellos reconocidos como tales por cualquiera de las normas aludidas (Constitución, Ley o tratados internacionales) y sólo a partir de su reconocimiento son susceptibles de protegerse por medio de la acción popular, de toda acción u omisión de las autoridades públicas y los particulares que los amenace o vulnere.

Ya no solo se entenderán los derechos colectivos solamente como aquellos que tienen una titularidad colectiva, sino además deberán estar determinados por la Ley.

Igualmente son características de este tipo de derechos, según el Consejo de Estado (Sentencia, 2000), las siguientes: el interés colectivo está determinado por la Ley, no puede estar exclusivamente en cabeza de una persona, deben ser entendidos e interpretados sistemáticamente con el conjunto de valores y principios que están consagrados del ordenamiento jurídico.

Definimos entonces los derechos colectivos como aquellos consagrados por la Constitución, la Ley y los tratados internacionales, cuyo titular es la comunidad en general, además éstos deberán estar en consonancia con los valores y principios de un determinado ordenamiento, y al ser un individuo miembro de esa comunidad tendrá la legitimación para buscar la protección de los mismos, mediante el ejercicio exclusivo y excluyente de la acción popular.

Con una función simplemente enunciativa y no taxativa mencionaremos cuáles son los derechos colectivos actualmente regulados en Colombia, tanto en la Constitución como en la Ley 472 de 1998:

- Los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios.
- El derecho al medio ambiente sano.

- El derecho a la protección de los recursos naturales.
- Los derechos a la prohibición de armas químicas, biológicas o nucleares.
- El derecho al espacio público.
- La moralidad administrativa.
- La defensa del patrimonio público.
- La defensa del patrimonio cultural de la nación.
- El acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna.
- La libre competencia económica.
- El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

Se resalta de esta enumeración la moralidad administrativa la cual claramente ha sido definida por el legislador como un derecho colectivo, pasaremos ahora a profundizar un poco sobre este interés colectivo, en especial en su íntima relación con la actividad contractual de las entidades públicas.

## **LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO Y LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA**

La función administrativa y en especial la actividad administrativa, encuentra sus principios orientadores plasmados en el artículo 209 constitucional, esa función debe estar al servicio de los intereses generales, y estará permeada por varios principios entre ellos el de moralidad, así cualquier actuación que despliega la administración tiene una finalidad eminentemente teleológica, siendo la actividad contractual una de las especies de esa actividad administrativa, como lo expresa el Consejo de Estado (Sentencia, 2007b), así:

El contrato no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición- y operaciones materiales. La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado. Por tanto, el contrato estatal lo celebra siempre la entidad oficial en procura del interés general y público, con independencia del régimen jurídico aplicable al mismo, dado que existen contratos estatales regidos por ley 80 de 1993, otros por el derecho privado, y unos más por normas especiales.

Es innegable entonces que el contrato estatal es una clara manifestación de la funciones del Estado, pero a diferencia de la contratación entre particulares su finalidad no es el lucro o las ganancias personales, sino que la administración debe entender que siempre que despliega las actuaciones reguladas por la Ley para el perfeccionamiento

de un contrato, este debe tener como finalidad última la satisfacción del interés general. Tenemos acá entonces una herramienta que deberá realizar los fines del Estado plasmados en el artículo 2 constitucional, se desprende así mismo de la cita anterior que todo procedimiento al interior de un ente administrativo que tenga como objetivo perfeccionar un contrato estatal debe cumplir con esa finalidad última, así las etapas precontractual, contractuales y pos contractuales deberán desarrollarse a la luz de los principios de esa función administrativa, plasmados en el artículo 209 ya referenciado.

Podemos entonces concluir que los contratos estatales y las actuaciones previas concomitantes y posteriores alrededor del mismo, deben acatar las disposiciones legales, siempre deberán tener por objeto el logro o satisfacción del interés general y cuando estos dos elementos se cumplen, sostendremos que la actividad del estado allí fue acorde a la moralidad administrativa, ya que los ciudadanos entenderemos que esa obra, o esa prestación de ese servicio, solucionarán inconvenientes que no permitían que los asociados pudieran desarrollarse integralmente; por lo tanto un acatamiento integral del ordenamiento jurídico y un cumplimiento cabal de la satisfacción general, serán actuaciones moralmente aceptadas en términos de moralidad administrativa, y una actividad que desconozca el ordenamiento y que pretende alcanzar fines individuales o personales por parte de la administración será catalogada como una actividad que va en contra de ese principio de moralidad, y por lo tanto podrá ser objeto de los controles correspondientes, esta conclusión está claramente soportada también por parte del Consejo de Estado (Sentencia, 2007c), de la siguiente manera:

La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada(...) así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad.

En conclusión, la moralidad administrativa en la actividad contractual será el acatamiento por parte del operador administrativo de la normativa pertinente en cada contrato, obligación entonces insoslayable para éste, además la existencia de esas normas dan a los asociados total seguridad de que ese funcionario las acatará integralmente, sólo cuando se presenta ese desconocimiento de las disposiciones por parte de la administración, perderán los ciudadanos confianza en dicha gestión y el actuar administrativo podrá denominarse como atentatorio de la moralidad pública, igual lógica deberemos aplicar en cuanto a la finalidad de la satisfacción de los intereses generales, pues una vez el administrador tuerce ese fin, también esa actuación será atentatoria de la moralidad administrativa.

Por último y específicamente en el tema de la contratación pública, debemos recordar que las partes de un contrato estatal serán: una entidad pública, de la cual ya se expresó cómo podía violar la moralidad administrativa, y un particular quien desarrollará el contenido de un contrato. Así en la ejecución de éste, el particular se convertirá en un colaborador del Estado, para cumplir los fines consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política, por lo tanto el actuar de esa particular debe estar acorde a esa finalidad, y cuando la desvía solo para el lucro personal podremos estar en presencia de una posible violación del derecho colectivo de la moralidad administrativa. Esta conclusión se puede armonizar con el contenido del artículo 14 de la Ley 472 de 1998, donde pueden ser demandados en una acción popular, tanto entidades públicas como privadas, personas naturales o jurídicas, cuando alguna o algunas de ellas sean generadoras de violaciones o amenazas sobre un derecho colectivo, así podremos afirmar la procedencia de la acción popular cuando un acto u omisión de entes públicos o privados vulneren o amenacen derechos colectivos alrededor de un contrato estatal. Lo que se mirará a continuación es cuáles facultades puede tener el juez popular en estos casos.

## **CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL MARCO DE LAS ACCIONES POPULARES CONTRA ACTUACIONES ORIGINADAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Debemos realizar unas consideraciones previas, especialmente lo concerniente al tema de los juicios de legalidad de los contratos estatales y cómo está regulado el mecanismo ordinario ante la jurisdicción contenciosa, para luego describir las tesis jurisprudenciales que aceptan o niegan la posibilidad de realizar juicios de legalidad en el ámbito de las acciones populares.

El actual Código Contencioso Administrativo, en especial su artículo 87, nos describe cuáles pueden ser las posibles pretensiones que se solicitan en la acción contractual. Una de ellas es la declaración de nulidad absoluta del contrato, como lo expresan Padilla Sundhein & Vásquez Gómez (2010, p. 33) “La acción contractual puede tener como objeto la declaratoria de nulidad absoluta –total o parcial”, pueden dar pie a esta declaración las siguientes supuestos señalados en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993:

- Celebración de contratos con personas incursas en causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en la constitución y la Ley.
- Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
- Se celebren con abuso o desviación de poder.
- Se declaren nulos los actos administrativos en que fundamenten y

- 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.

Debemos agregar las causales de nulidad del derecho común, las contenidas en los artículos 1740 del Código Civil, de objeto y causa ilícita, la falta de plenitud de las formas solemnes. Así cuando un contrato estatal se encuentra incurso en alguna o algunas de estas causales, serán los legitimados para incoar la acción: el ministerio público y un tercero que tenga interés directo, serán éstos quienes podrán promoverla y el juicio o trámite correspondiente será el proceso ordinario ante los jueces contenciosos administrativos.

La pregunta que surge será entonces ¿existiendo estos requisitos formales tan claros en las normas descritas, será posible utilizar otra vía judicial, concretamente la acción popular, para lograr un pronunciamiento sobre la legalidad e incluso sobre la anulación de los contratos estatales? La respuesta a este interrogante la vamos a ver en el seno de los pronunciamientos del Consejo de Estado quien ha elaborado dos teorías: una denominada limitada o exegética para la cual no es posible analizar la legalidad de un contrato público en el transcurso de una acción popular, y la otra teoría de carácter amplio o garantista que, con algunos condicionamientos, permite que en el trasegar de las acciones populares el juez pueda analizar la legalidad de estos contratos, e incluso puede llegar a declararlos nulos cuando el proceso y las condiciones de Ley lo permitan, miremos los elementos de cada una.

**Teoría Limitada:** sostiene esta tendencia que la acción popular tiene un carácter principal, pero que a pesar de ello, al existir en nuestro ordenamiento un procedimiento y acción específica para analizar la legalidad de contrato será en ella donde se ventilarán tales asuntos, así la Doctora Ruth Stella Correa Palacio esquematiza en una aclaración de voto, (Aclaración de Voto Sentencia, 2005), los siguientes argumentos centrales de esta tesis:

- 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 modalidades: una orden de hacer o no hacer, la condena al pago de perjuicios 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 interés colectivo, cuando fuere posible;
- ii) Los fines, móviles o motivos de la acción son impeditivos 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 ésta 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, 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.

Se resalta entonces de lo transcrito, que la posición exegética considera que la Ley 472 de 1998 establece claramente cuáles pueden ser las acciones que un juez popular puede tomar, órdenes de hacer o de no hacer, lo que implica que no podrán existir declaraciones sobre un contrato estatal, siempre esas medidas tendrán una finalidad preventiva o impeditiva, y no será viable pronunciarse sobre derechos subjetivos como serían las restituciones mutuas entre las partes de un negocio estatal. La calidad de juez popular que ostentan generalmente el juez contencioso no es argumento suficiente para trasladar competencias de éste a aquél, siendo el juez de la acción popular un juez constitucional no podrá inferir o suponer competencias que las normas no le otorguen de manera clara y expresa, y por último los juicios de legalidad de los contratos cuentan con un proceso jurisdiccional ordinario que tiene pasos y etapas muy diferentes a las que se presentan en los procesos populares, ya que los primeros, al ser de conocimiento, imponen requisitos más exigentes para lograr construir en un juez la convicción de la existencia de causales de nulidad en los contratos estatales. Aunque estos argumentos son de un corte bastante formalista, sí debemos adherirnos a algunas de sus ideas, principalmente la última ya que es innegable que la construcción de un proceso ordinario frente a un proceso popular, es diferente, incluso en términos probatorios, ya que en el primero el acervo probatorio va encaminado a lograr demostrar la existencia de las causales de nulidad, en el segundo las pruebas solo buscarán demostrar la vulneración o amenaza sobre un derecho colectivo.

Abordemos ahora la tesis garantista.

**Teoría garantista:** antes de detallar esta posición jurisprudencial, es importante mencionar el cambio que se dio en el reglamento del Consejo de Estado, mediante Acuerdo 55 de 2003, éste en su artículo 1 modificó el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, y específicamente lo atinente a los negocios de la sección tercera de esa corporación. Clarificó de manera expresa lo siguiente frente al conocimiento de las acciones populares: que esta sección conocerá de los negocios populares cuando éstos versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa. Así desde esa fecha todo negocio popular donde se ventilen las posibles violaciones o amenazas de los derechos colectivos por parte de actuaciones originadas en la actividad contractual del Estado deben ser resueltas por esta sección y por lo tanto es allí donde encontraremos los pronunciamientos más importantes sobre la tesis garantista.

Así el Consejo de Estado en sentencia con ponencia del Doctor Ramiro Saavedra Becerra (Sentencia, 2008b), expresó lo siguiente:

(...) la Sala considera que el juez popular podrá declarar la nulidad del acto o contrato (administrativo), siempre que concurren dos elementos:

Se pruebe la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, y

se pruebe que los actos administrativos están incursos en alguna de las causales de nulidad prescritas en el artículo 84 del código contencioso administrativo.

En tal sentido, en los casos en los cuales se pretende la protección de un derecho colectivo y al mismo tiempo se cuestiona la legalidad de un acto administrativo (o un contrato estatal), una vez hecho el análisis del material probatorio, el juez puede llegar a las siguientes conclusiones:

Que se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es ilegal, caso en el cual se procederá con la suspensión o anulación del acto administrativo correspondiente, para amparar los derechos colectivos;

Que se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es legal: en este supuesto no sería posible jurídicamente suspender o anular el acto o contrato por cuanto las reglas propias de la legalidad indican que el objeto jurídico es válido; no obstante, el juez deberá adelantar las medidas pertinentes, se reitera, diferentes a la suspensión o anulación del objeto jurídico, para evitar la amenaza o hacer cesar la vulneración.

Que no se amenazan ni vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es ilegal, evento en que no será posible suspender o anular el acto administrativo, dado que la razón de ser de la acción popular es la protección de los derechos colectivos y no de la legalidad, pues para el amparo de ésta existen las acciones ordinarias;

Que no se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es legal, hipótesis que dará lugar, claramente, a desestimar las pretensiones.(subrayas fuera del texto).

Varias apreciaciones se pueden realizar del texto anterior. Es ya indiscutible que para el Consejo de Estado es totalmente procedente presentar acciones populares y darles el trámite correspondiente cuando los contratos estatales sean los generadores de violación de los derechos colectivos, también se observa que ya el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa puede decretar nulidades contra actos y contratos

administrativos, pero exige dos condiciones. Una, que alguna de estas manifestaciones de la función administrativa se encuentre violando derechos colectivos, exigencia evidente pero de suma importancia, ya que la finalidad de una acción popular es la defensa de los intereses colectivos, así para que el juzgador popular considere prósperas las pretensiones deberá contar con los elementos probatorios y jurídicos necesarios que lo lleven a la convicción judicial suficiente que demuestre la existencia de una vulneración o amenaza de los derechos que son reconocidos como colectivos por nuestro ordenamiento. Como segundo requisito, es indispensable que exista en el proceso popular, igualmente, todo el material probatorio necesario que muestre claramente la causal o causales de nulidad de un contrato estatal, dadas igualmente por la ley y descritas en párrafos anteriores. Así es indiscutible concluir que actualmente según el Consejo de Estado el proceso jurisdiccional popular también es un campo propicio para estudiar y declarar nulidades de contratos estatales.

Una vez identificados en un proceso estos requisitos, debe el juez de la acción popular en su fallo impartir las órdenes de hacer o no hacer que pretendan la protección de los derechos colectivos vulnerados por el contrato estatal, y a su vez al ya haber identificado claramente en el trámite procesal los supuestos que configuran una causal de nulidad de ese negocio, debe el juez popular declarar nulo el contrato y ordenar las restituciones mutuas, si es del caso, o la liquidación del mismo según lo estipulado por la Ley 80 de 1993.

Es posible, así lo muestra la extensa cita transcrita anteriormente, que cuando solo es viable demostrar uno de aquellos requisitos o ninguno, en estas circunstancias el juez popular deberá tomar decisiones diferentes a la nulidad del contrato, por lo tanto si es posible identificar una vulneración de un derecho colectivo originado en el contrato, pero no se logra definir una causal de nulidad, solo podrá el operador jurídico ordenar las acciones pertinentes para cesar la vulneración de los derechos colectivos, pero no podrá pronunciarse sobre la validez del contrato. Igualmente, invirtiendo el supuesto, si se demuestra el vicio de nulidad pero no la vulneración del derecho colectivo, no puede el juez popular declarar ese vicio, pues se insiste, para el Consejo de Estado solo es procedente un pronunciamiento de nulidad en sede popular cuando existe violación de derechos colectivos y al tiempo vicios de nulidad demostrados en la actuaciones procesales correspondientes.

## **EFFECTOS DE LA LEY 1437 DE 2011 EN LA CUESTIÓN**

El dieciocho (18) de enero de 2011 se promulgó la Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”* este estatuto expresa lo siguiente frente a las acciones populares:

Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. (...) Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Podemos observar que el legislador claramente prohíbe a los jueces populares decidir en el marco de las acciones populares sobre la legalidad tanto de actos administrativos como de los contratos estatales, dejando sin piso los pronunciamientos y teorías hechas por el Consejo de Estado como se pudo observar anteriormente. Esta norma solo entrará a regir a partir del 2 de julio de 2012. A nuestro entender el artículo citado modificará los criterios de interpretación de los órganos contenciosos-populares, quienes solo podrán tomar medidas preventivas que busquen la protección de los intereses colectivos y en ningún caso podrán estudiar la legalidad de actos y contratos, así el proceso arroje indiscutiblemente pruebas de causales de nulidad, quedarán a disposición de los interesados los mecanismos ordinarios de control para ventilar la validez de aquellos, sujetos a las términos de caducidad correspondientes.

## **CONCLUSIONES**

Las acciones populares son los mecanismo judiciales consagrados en el derecho colombiano, exclusivos y excluyentes, que pretenden la protección de los derechos colectivos, cuando éstos son vulnerados o se amenaza su integridad por parte de las actuaciones tanto de entes públicos como privados, la acción podrá ser ejercida por cualquier ciudadano, es de naturaleza pública y principal e impone al juez que la conoce la obligación de fallar de fondo el asunto respectivo, ya sea desestimando las pretensiones o ya sea concediéndolas, y por lo tanto el fallador impartirá las órdenes de hacer o no hacer que sean pertinentes para conjurar una violación de intereses colectivos.

Los derechos colectivos en el derecho colombiano son aquellos reconocidos como tales por la Constitución, la Ley y los tratados internacionales, su titularidad está en cabeza de la comunidad y no de un individuo y deben interpretarse en conjunto con los valores y principios que permean la normativa nacional.

Todas las actividades que despliega un ente administrativo en el marco de la contratación pública son claras expresiones de la actividad administrativa, así la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación son manifestaciones de aquélla, y por lo tanto deberán realizarse en consonancia tanto con el ordenamiento jurídico que las regula, como también deberán estar en consonancia con los fines propios del Estado, principalmente con la búsqueda de la satisfacción del interés general.

La moralidad administrativa es un principio de la función administrativa y también es un derecho colectivo, a la luz de él, las actuaciones de los entes públicos deberán realizarse acorde a las normas que regulan cada una de esas acciones, pues los asociados así esperamos que actúan los agentes estatales.

Cuando el Estado y sus agentes inician todos los procedimientos necesarios para lograr la celebración de un contrato estatal, y éstos no acatan las normas correspondientes o buscan la satisfacción de intereses particulares, nos encontraremos en presencia de una actuación que vulnera la moralidad administrativa, que puede ser contralada por todos los asociados mediante el ejercicio de la acción popular.

Una vez se inicia la actuación ante el juez popular correspondiente, teniendo un contrato estatal como el generador de una violación de derechos colectivos, podrá el juez de la causa, según las teorías del Consejo de Estado, tomar todas las medidas que considere necesarias para cesar la vulneración incluyendo la posibilidad de la anulación del contrato siempre y cuando se demuestre claramente que ese negocio jurídico es el causante de la amenaza al derecho colectivo y además puedan identificarse una o algunas causales de nulidad establecidas en las normas correspondientes. Podrá entonces el fallador ordenar las medidas que considere viables para cesar la amenaza y junto a ello declarar nulo el contrato, sin necesidad de acudir a las vías ordinarias.

## **REFERENCIAS**

Asamblea Nacional Constituyente 1991. (1991). *Gaceta Constitucional N° 19*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Consejo de Estado. Sección tercera (2000, 06,29). "Sentencia AP- 001". Bogotá.

\_\_\_\_\_. (2001, 01,16). "Sentencia AP-144". Bogotá.

\_\_\_\_\_. (2005). "Sentencia AP- 01588". A.V. Correa Palacio, R.E. Bogotá.

\_\_\_\_\_. (2007a). "Sentencia AP-243". C.P. Hernández Enríquez, A. Bogotá.

\_\_\_\_\_. (2007b). "Sentencia AP-726". C.P. Hernández Enríquez, A. Bogotá.

\_\_\_\_\_. (2007c). "Sentencia AP-819". Bogotá.

\_\_\_\_\_. (2008a). "Sentencia AP- 00888". C.P. Correa Palacio, R.E. Bogotá.

\_\_\_\_\_. (2008b). "Sentencia AP-01423". C.P. Saavedra B., R. Bogotá.

\_\_\_\_\_. Sección Quinta. (2002, 06, 14). "Auto AP-495". Bogotá.

Corte Constitucional (1999). "Sentencia C-215". Bogotá.

Hidrón, J. H. (2010). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis.

Padilla Sundhein, J. L., & Vásquez Gómez, J. P. (2010). *La Nulidad de los Contratos Estatales en las Acciones Populares*. Bogotá: Leyer.

