

Prohibición expresa de anular contratos en la acción popular: ¿una solución o un problema?*

Juan Esteban Alzate Ortiz**, Juliana Nanclares Márquez***

Resumen

En el desarrollo del proyecto de investigación denominado “Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana”, se partió de la siguiente pregunta: ¿Qué características debe tener la formación ofrecida a los especialistas en contratación estatal que les permita responder a los desafíos del sector? En ese orden de ideas, se identificaron varios núcleos problemáticos de los contratos estatales en el ordenamiento jurídico colombiano. Uno de ellos fue precisamente la prohibición expresa que trajo el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 de anular contratos estatales y actos administrativos en la Acción Popular. Cuyo objetivo pretende demostrar que esta postura normativa, avalada por la Corte Constitucional, contradice el desarrollo de la figura en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Se utilizó la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, así como las normas jurídicas que regulan la Acción Popular en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La hipótesis planteada, que a juicio del equipo investigador quedó demostrada, es que el legislador redujo fuerza y efectividad a un mecanismo procesal creado por la Constitución Política de 1991.

Palabras clave: contratos públicos, nulidad absoluta, acción popular, terceros interesados

The specific prohibition of voiding contracts in Popular Actions: a solution or a problem?

Abstract

In the development of the research Project named “Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana” (Challenges of education about public contracts in Colombia: an approach from the institutional vision of Universidad Autónoma Latinoamericana), the authors started with the following question: What characteristics must the formation offered to the specialists on public contracts have in order to respond to the challenges of the sector? Then, several problems of the public contracts in the Colombian legal framework were identified. One of them was precisely the prohibition brought by article 144 of the 1437 law, 2011, which forbids the voiding of state contracts and administrative acts in Popular Actions. This article aims to demonstrate that this normative position, supported by the Constitutional Court, goes against the development of this legal element in the administrative litigation jurisdiction. The research method used was legal-hermeneutical. Jurisprudence from the State Council and the Constitutional Court were used, plus the legal norms that regulate Popular Actions in the administrative litigation jurisdiction. The hypothesis proposed,

* Artículo original derivado de la investigación: “Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana”. Esta investigación es financiada por la Universidad Autónoma Latinoamericana y su duración va del 3 de marzo de 2015 hasta el 15 de diciembre de 2015.

** Abogado Universidad de Medellín, magister en Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia, Doctorando en Derecho de la misma universidad. Actualmente se desempeña como coordinador de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Coordinador de la Línea de Investigación en Contratación Estatal. Investigador principal del Proyecto Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana”.

*** Abogada Universidad de Medellín, magister en responsabilidad contractual, extracontractual, civil y del Estado Universidad Externado de Colombia. Docente investigadora de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Coordinadora de la Línea de Investigación en responsabilidad extracontractual del Estado. Coinvestigadora del Proyecto Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana”.

which for the research team was fully demonstrated, is that the lawmaker reduced the strength and effectiveness of a legal process mechanism created by the 1991 Constitution.

Key words: public contracts, absolute nullity, Popular Actions, third interested parties.

Proibição expressa de anular contratos na ação popular: uma solução ou um problema?

Resumo

No desenvolvimento do projeto de investigação denominado “Retos da formação em contratação pública na Colômbia: uma aproximação desde a perspectiva institucional da Universidade Autónoma Latinoamericana”, se partiu da seguinte pergunta: Que características deve ter a formação oferecida aos especialistas em contratação estatal que lhes permita responder aos desafios do setor?

Nessa ordem de ideias, se identificaram vários núcleos problemáticos dos contratos estatais no ordenamento jurídico colombiano. Um deles foi precisamente a proibição expressa que trouxe o artigo 144 da Lei 1437 de 2011 de anular contratos estatais e atos administrativos na Ação Popular. O presente artigo pretende demonstrar que esta postura normativa, comprovada pela Corte Constitucional, contradiz o desenvolvimento da figura na jurisdição do contencioso-administrativo. O método de investigação utilizado foi o hermenêutico-jurídico. Se utilizou jurisprudência do Conselho do Estado e da Corte Constitucional, assim como as normas jurídicas que regulam a Ação Popular na Jurisdição do Contencioso Administrativo. A hipótese planteada, que a juízo da equipa investigadora ficou demonstrada, é que o legislador reduziu força e efetividade a um mecanismo processual criado pela Constituição Política de 1991.

Palavras chave: contratos públicos, nulidade absoluta, ação popular, terceiros interessados.

Introducción

¿La prohibición expresa de anular contratos públicos a través de la acción popular aumenta la seguridad jurídica en dichos contratos sin menoscabar las finalidades de la acción constitucional, instituida para proteger los derechos e intereses colectivos? El presente artículo original de investigación pretende dar solución al anterior interrogante.

En Colombia, conforme el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, cualquier persona puede solicitar la nulidad absoluta del contrato (Congreso de la República-Ley 80, 1993). Sin embargo, el artículo 144 de la Ley 1437 prohíbe que el juez, en sede de acción popular, pueda decretar la nulidad absoluta de los contratos públicos (Congreso de la República- Ley 1437, 2011).

Esta prohibición puede ser analizada desde dos puntos de vista: i) el primero de ellos es aquel que está de acuerdo con la prohibición normativa, ya que la misma busca dotar de mayor seguridad jurídica el contrato estatal, al limitar el estudio de la nulidad absoluta del contrato al medio de control de controversias contractuales, y un segundo punto de vista, ii)

en desacuerdo con la prohibición generada, puesto que se percibe que la normativa limita a una acción de rango constitucional.

El presente artículo: (1) analizará la jurisprudencia del Consejo de Estado antes de la prohibición; para luego (2) estudiar los argumentos que fundamentan los dos puntos de vista mencionados en el párrafo anterior; también, (3) se hará una revisión de las decisiones judiciales más importantes proferidas por el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (Consejo de Estado) en sede popular después de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011. Finalmente, (4) se propondrán algunas conclusiones que se espera den cuenta de la respuesta al interrogante y que contribuyan a la discusión del tema.

Jurisprudencia del Consejo de Estado antes de la prohibición normativa de anular contratos en sede popular

Al analizar los fallos producidos por el Consejo de Estado desde que asumió la competencia para fallar acciones populares, se puede determinar que el patrón decisonal común de esta corporación hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como se

verá más adelante, era la procedencia de la anulación de los contratos estatales dentro de la acción constitucional.

Para fundamentar la anterior afirmación, estudiaremos las sentencias del Consejo de Estado y cómo ha evolucionado la jurisprudencia en esta temática hasta la actualidad. También se analizarán los comentarios generados en la conferencia dictada por el exconsejero de Estado Alir Eduardo Hernández Enríquez en el mes de agosto de 2003 en la Universidad Externado de Colombia (Enríquez, 2003). El jurista desarrolla la jurisprudencia del alto tribunal de lo contencioso-administrativo desde el momento que asume la competencia para conocer de las acciones populares hasta el año 2002. En dicha conferencia se determinó la postura mayoritaria del Consejo de Estado para la procedencia de la anulación de los contratos estatales en sede popular y se identificaron los problemas procesales que se presentaban. Luego se revisará el período 2002-2011.

El Consejo de Estado (1998-2002)

El párrafo del artículo 16 de la Ley 472 de 1998 estableció que el Consejo de Estado conocería en segunda instancia de las acciones populares. Esta situación inicialmente permitió que la competencia de las acciones populares se difuminara en las cinco secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado. Dicha competencia fue transitoria debido a que a partir del 2006 entraron en funcionamiento los juzgados administrativos.

No hay duda de la procedencia de la acción popular para demandar los contratos estatales. La incertidumbre inicial radica fundamentalmente en la procedencia de la anulación del contrato estatal dentro de la acción constitucional.

Se presentan, a continuación, las diversas posturas de las secciones del Consejo de Estado sobre la posibilidad de anular, o no, los contratos estatales en sede popular:

a) La sección primera del Consejo de Estado siempre estuvo de acuerdo en que a través de la acción popular se pudiesen revisar los contratos estatales, ya que la acción

constitucional no es subsidiaria (Consejo de Estado, Sección I, Sentencia-expediente AP 076, 2001). Asimismo, en varios fallos se ocupó de revisar la legalidad de los contratos estatales en sede popular, pero a pesar de ello no decretó su nulidad (Consejo de Estado, Sección I, Sentencia-expediente AP 158, 2001), (Consejo de Estado, Sección I, Sentencia-expediente AP 0308, 2002) y (Consejo de Estado, Sección I, Sentencia-expediente AP 115, 2000).

b) Para la sección segunda y sus subsecciones, la acción popular nunca fue el mecanismo idóneo para revisar los contratos estatales puesto que dicha finalidad la cumplía el medio de control ordinario, en esa época denominado acción de controversias contractuales (Consejo de Estado, Sección II, Sentencia-expediente AP 025, 2000), (Consejo de Estado-Sección II, Sentencia-expediente AP 068, 2001) y (Consejo de Estado-Sección II, Sentencia-expediente AP 156, 2001).

c) Por el contrario, la Sección Tercera en diferentes oportunidades sí manifestó la procedencia de la acción popular para la revisión de los contratos estatales:

A su vez, se ha sostenido que siempre y cuando esté de por medio la violación de un derecho colectivo, la acción popular puede ser un instrumento para ordenar la devolución de los bienes e inclusive para decretar la nulidad de un contrato, o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo (Consejo de Estado, Sec III, Sentencia-expediente AP 285, 2002).

En sentencia del año 2002, la Sección Tercera del Consejo de Estado aceptó la posibilidad de juzgar la validez de los contratos en la acción popular; lo hizo de manera restrictiva al trazar los límites entre la acción de controversias contractuales y la acción constitucional ya referenciada (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-expediente AP 612, 2002). El Consejo de Estado manifestó, en la sentencia antes referenciada, que en sede de acción popular solamente se pueden revisar contratos estatales en los eventos previstos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, es decir, en los eventos de amenaza o violación de la moralidad administrativa. En consecuencia, el

camino de la nulidad es restrictivo, ya que la acción constitucional no fue creada para tal fin.

Posteriormente, la Sección Tercera, al aceptar la nulidad de los contratos en sede popular, expresó con claridad que es posible efectuar la revisión de los contratos, analizar su validez, y si es del caso, proceder a declarar su nulidad absoluta:

Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-expediente AP 518, 2002).

En esta misma sentencia, se expresó que cualquier persona, bajo los presupuestos establecidos por la corporación, podría solicitar la nulidad absoluta del contrato estatal:

Sin embargo, 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. (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-expediente AP 518, 2002).

Es importante anotar que la Corte Constitucional, en Sentencia C-088 del 2000, examinó la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998. En dicha revisión manifestó que las acciones populares no son mecanismos en donde deban debatirse controversias de tipo contractual, las cuales tienen sus reglas específicas y que, asimismo, son competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (Corte Constitucional, Sentencia C-088, 2000).

La Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó que lo afirmado en la Sentencia C-088 de 2000, en relación con la improcedencia de la

acción popular frente a los contratos estatales, constituye un *óbiter dicta* que no ata al juez (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-expediente AP 537, 2002).

d) La Sección cuarta se opuso a la revisión de la legalidad de los contratos en sede popular; en este sentido expuso que “la acción popular tiene por objeto la protección de los derechos colectivos y, so pretexto de ello, no es posible decidir sobre la legalidad de los actos administrativos o de los contratos” (Consejo de Estado, Sección IV, Sentencia- AP. 1768, 2002).

e) Por su parte, la sección quinta, desde el 2001, acepta la procedencia de la acción popular para revisar los contratos estatales siempre y cuando se demuestre la vulneración del derecho colectivo (Consejo de Estado, Sección V, Sentencia-expediente AP 151, 2001). Esta situación fue ratificada más adelante (Consejo de Estado- Sección V, Sentencia-expediente AP 008, 2002).

El Consejo de Estado 2003 a 2012

El escenario jurisprudencial que comienza en el año 2003 con la expedición del Acuerdo 055 (Modificación del reglamento del Consejo de Estado) y que finaliza en el año 2012 con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, es mucho más claro al expresar la procedencia de la anulación de los contratos estatales en sede popular.

El artículo 13 del Acuerdo 58 (Consejo de Estado, Acuerdo 58, 1999), modificado por el Acuerdo 55 (Consejo de Estado, Acuerdo 55, 2003), radicó en la Sección Tercera la competencia para conocer sobre las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales, y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa. Esta organización de la competencia disminuyó la multiplicidad de interpretaciones que se presentaban con antelación en el Consejo de Estado cuando los negocios estaban distribuidos equitativamente entre todas las secciones sin importar la materia.

Es conveniente recordar que en los últimos años ocurrieron trascendentales cambios procesales relacionados con la acción

popular, en especial, en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, de los cuales por su importancia se resaltan dos. El primero es la entrada en funcionamiento desde el año 2006 de los juzgados administrativos, descargando en gran medida el conocimiento de las acciones populares por parte del Consejo de Estado. El segundo es la eliminación, por parte del Congreso de la República, de los incentivos que previamente existían en la Ley 472 de 1998 (Congreso de la República, Ley 1425, 2010).

Esta situación provocó una reducción ostensible de la interposición de acciones populares ante los juzgados administrativos, ya que era evidente la existencia de abogados litigantes que se dedicaban a recorrer el país en búsqueda de amenazas o violaciones de derechos colectivos con el fin de obtener el incentivo. La eliminación del incentivo ha ocasionado que las acciones populares interpuestas en la jurisdicción contencioso-administrativa reflejen una verdadera necesidad por parte de las comunidades de la protección de los derechos colectivos, y no simplemente la búsqueda de un incentivo económico.

En febrero de 2007, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo reiteró la procedencia de la anulación de los contratos en sede popular, no sin antes advertir que esa facultad de anular en la acción constitucional es la “última ratio de las determinaciones del juez popular para “hacer cesar la vulneración o agravio” o “restituir” las cosas a su estado anterior” (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), 2007). En dicho fallo hizo una anotación, a nuestro parecer, muy importante para los efectos del presente escrito:

En el caso objeto de análisis, se insiste, las acciones que provocaron la violación a la moralidad administrativa fueron la escogencia de un contratista que no se podía seleccionar, así como contratar con él; la única manera de hacer cesar esta vulneración es dejar sin efectos estas acciones. Por este motivo se revocará la sentencia de primera instancia que declaró improcedentes las pretensiones del demandante en lo relacionado con el derecho colectivo o interés a la moralidad administrativa; se declarará la efectiva violación de este y se declarará la nulidad del acto de adjudicación de Internacional de

seguridad Ltda. como contratista, así como el contrato celebrado con esta sociedad comercial. (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), 2007).

Del anterior argumento esgrimido por el alto tribunal se desprende que para la época, podían existir violaciones a los derechos e intereses colectivos generados por la sola existencia del contrato estatal, en donde la medida adecuada para protegerlos era la declaración de la nulidad del contrato y no la generación de medidas transitorias como la suspensión del contrato. En efecto, cuando se escoge a un contratista que no se puede seleccionar, situación que sin duda alguna configura una nulidad absoluta, se vulneran efectivamente derechos e intereses colectivos, como, por ejemplo, la moralidad administrativa en donde la única forma de protegerlos y reivindicarlos es a través de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato en sede popular.

En abril de 2007, el Consejo de Estado anuló en sede popular varios contratos suscritos por la Empresa de Servicios Públicos de Pitalito-Huila por considerar que se vulneró el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público:

En tal sentido, la Sala reitera el criterio según el cual el juez de la Acción Popular puede decretar la nulidad absoluta del contrato siempre que constate efectivamente la amenaza o vulneración de un derecho de naturaleza colectiva. Negar la posibilidad que tiene el juez constitucional al decidir una Acción Popular, de declarar la nulidad de un contrato que quebranta derechos colectivos, supone el desconocimiento de los principios y valores constitucionales que sustentan el Estado Social de Derecho. Por lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada para, en su lugar, acceder a la protección del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y decretará la nulidad de los contratos celebrados con posterioridad a la ejecutoria de la Sentencia C-290 de 2002 (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 41001-23-31-000-2004-00819-01(AP), 2007).

En mayo de 2007 (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP)) la Sección Tercera ratificó su línea jurisprudencial en relación con

la procedencia del análisis de la validez del contrato estatal en sede de acción popular. En dicho fallo dispuso los requisitos que deben satisfacerse para su procedencia, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera: i) no se debe haber intentado con antelación una acción de controversias contractuales, ii) que a los juicios de acción popular hayan comparecido todas las partes involucradas en el asunto, con el fin de que sus derechos no resulten vulnerados, y iii) finalmente que la nulidad debe ser manifiesta y que esta debe conllevar la vulneración de los derechos colectivos.

Lo anterior sin perjuicio de que en la acción popular se juzguen los contratos estatales, sin que sea analizada la validez del acto jurídico.

En junio de 2011 (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP)), el Consejo de Estado, desde nuestra perspectiva, implícitamente reconoce la posibilidad de declarar la nulidad del contrato estatal en sede popular. En esta providencia, en donde se discutía el contenido de un contrato estatal de prestación de servicios que terminó delegando el ejercicio de prerrogativas públicas exclusivas del Estado a un particular, manifestó que no podía entrar a definir la validez del contrato, no porque no se pudiera, sino porque ya se encontraba frente a un hecho superado, puesto que la entidad estatal ya había liquidado el contrato.

En esa misma línea se produjo una multiplicidad de fallos, los cuales ratificaron la posibilidad de analizar la validez del contrato estatal en la acción popular, entre ellos: Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-expediente 25000-23-24-000-2002-1964-01(AP), 2004; Consejo de Estado-Sección III, Sentencia-radicado 25000-23-26-000-2003-02458-01(AP), 2005; Consejo de Estado-Sección III, Sentencia-radicado 63001-23-31-000-2003-00861-01(AP), 2006; Consejo de Estado-Sección III, Sentencia-radicado 70001-23-31-000-2003-00793-01(AP), 2006 y Consejo de Estado-Sección III, Sentencia-radicado 25000-23-27-000-2004-01402-02(AP), 2008.

Revisada la jurisprudencia antes relacionada, podemos corroborar la afirmación inicial en el

sentido que la tesis mayoritaria del Consejo de Estado, desde el año 1998 con la expedición de la Ley 472, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, consistía en la posibilidad de anular los contratos estatales en sede popular siempre y cuando: a) la amenaza o vulneración del derecho o interés colectivo por parte del contrato estatal configurara una de las causales de nulidad absoluta; b) que las partes del contrato se hicieran presentes en el trámite de la acción constitucional con el fin de garantizar la protección de sus derechos e intereses, y, c) que no se hubiera iniciado previamente una acción ordinaria de controversias contractuales.

La nulidad termina siendo procedente en sede de acción constitucional, dado que la existencia misma del contrato genera la vulneración o amenaza del derecho o interés colectivo. En consecuencia, la simple suspensión del contrato o, en su defecto, la adopción de decisiones que terminen invadiendo la discrecionalidad administrativa de las autoridades públicas no serán las medidas adecuadas para terminar con la amenaza o la vulneración del derecho o interés colectivo. En ese orden de ideas, la medida más adecuada es la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

El Consejo de Estado 2012 a 2015: Alcance normativo del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 y la Sentencia C-644 de 2011

Dejando claro que la tesis mayoritaria del Consejo de Estado contemplaba la posibilidad de decretar la nulidad de los contratos públicos en sede popular, procedemos a examinar la disposición normativa que prohibió expresamente dicha anulación en sede popular, los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional para la declaratoria de exequibilidad del aparte normativo ya enunciado y algunos fallos que se han producido una vez comenzada la vigencia la Ley 1437 de 2011.

Los dos primeros incisos del artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo establecen lo siguiente:

Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona

puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

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 (Congreso de la República, Ley 1437, 2011).

La disposición citada es clara al restringir la anulación en sede popular tanto de los contratos públicos como de los actos administrativos. Esta decisión legislativa es contradictoria a la línea jurisprudencial que hasta la fecha había adelantado el Consejo de Estado.

Con relación a la expresión “sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos” (Congreso de la República, Ley 1437, 2011) del artículo 144, se ratifica la posición concerniente a la posibilidad de demandar los contratos en sede popular, eso sí, sin que se discuta en la acción constitucional la validez o legalidad del acto jurídico que vulnere o amenace un derecho o interés colectivo.

Lo anterior presupone desvirtuar las facultades con las que contaba el juez administrativo en virtud del artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

Eso quiere decir que, cuando en el contrato se configure una vulneración o amenaza a un derecho o interés colectivo que genere una nulidad absoluta del contrato consagrada en las normas civiles o en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el juez no podrá anular el acto jurídico, y en la parte resolutive deberá actuar de dos formas: la primera, decretar una suspensión del contrato estatal, y la segunda, imponer formas de actuar a las autoridades

administrativas, esto es, asumir funciones administrativas, como lo sería, por ejemplo, la orden de modificar, terminar o interpretar unilateralmente el contrato.

En suma, si el juez entonces encuentra probada una causal de nulidad absoluta del contrato estatal ya no podrá anularlo en sede popular.

Procederemos a analizar las providencias proferidas por el Consejo de Estado en sede popular después de la entrada en vigencia del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

En primer lugar, debemos decir que es posible encontrar fallos después del 2 de julio de 2012 –fecha en que entró en vigencia la Ley 1437 de 2011– en donde se procedió a anular contratos y actos administrativos en sede popular. Esto sucedió precisamente porque los hechos que generaron la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo a partir de un contrato público se presentaron antes de la entrada en vigor del nuevo Código.

En este aspecto, el Consejo de Estado se pronunció con relación a un acuerdo suscrito por la República de Colombia y un contrato celebrado bajo la modalidad de compra reembolsable:

Para la Sala resulta necesario precisar que, si bien el cometido de la acción popular es la protección de los derechos colectivos, razón por la cual, la finalidad principal de este proceso debe ser la protección y salvaguarda de tales derechos, y no de la legalidad, lo cierto es que cuandoquiera que se advierta la ilegalidad de un acto administrativo o de un contrato, desde la expedición de la Ley 472 de 1998, esta Corporación ha adoptado varias posiciones. Bajo una tesis restrictiva, ha negado la posibilidad de tal declaratoria; pero también, bajo una tesis amplia, ha considerado procedente tal supuesto (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 25000-23-24-000-2011-00530-01(AP), 2013).

Lo anterior debido a que los hechos ocurrieron, precisamente, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011. Esta situación se repetiría en varios fallos, entre ellos: Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP), 2013; Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-

radicado 13001-23-31-000-2010-00719-01(AP), 2012); Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 13001-23-31-000-2010-00719-01(AP), 2012, pág. 37.

En general, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido respetuosa con la prohibición normativa de anular contratos públicos en sede popular.

Así se desprende en uno de sus fallos en donde se revisó el modelo financiero de un contrato de concesión entre la Aeronáutica Civil y Opain sobre el terminal el Dorado. El Consejo de Estado determinó que Opain no estaba trasladando al concedente los recursos adecuados derivados de la explotación comercial del terminal aéreo, derivados de la falta de claridad sobre el monto de los ingresos por la explotación del terminal. Concluyó que se vulneraban la moralidad administrativa y el patrimonio público. Sin embargo, al acatar la prohibición normativa de anular contratos en sede popular, procedió a dictar varias medidas en donde obligaba a estudiar el monto de ingresos de la explotación comercial, los recursos que ingresaban efectivamente a la Aeronáutica y, más aún, estableció que si el modelo que planteaba el contrato era contrario o desfavorable a los fines estatales, el Comité de Verificación del fallo debía replantearlo:

El Comité de Verificación impartirá las instrucciones y adoptará las medidas que la ley le confiere para que se adopte un nuevo esquema de explotación comercial que responda en un todo a los fines estatales, incluido el plazo en el que el concesionario deberá ponerlo en funcionamiento. El cumplimiento de estas últimas órdenes deberá ser controlado por la Aeronáutica Civil, con sujeción a las medidas, sanciones y efectos previstos en el contrato (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP), 2014).

En el presente caso se evidencian causales que podrían generar una nulidad absoluta

del contrato. Cuando el contrato público no cumple con los fines establecidos por la Carta Fundamental, se puede configurar una desviación de poder. Sin embargo, dada la prohibición normativa de anular, el juez adoptó medidas que abiertamente intervienen con la función administrativa de la Aeronáutica Civil, ya que impartió órdenes para adecuar un contrato viciado por una serie de graves irregularidades.

Estas orientaciones obligatorias del juez popular terminan saneando nulidades absolutas de un contrato. En efecto, si la vulneración o amenaza de un derecho colectivo está relacionada con la existencia del contrato, con el fin de proteger y garantizar el orden público, debería poder anular y no intentar encauzar lo que ya ha vulnerado los bienes jurídicos más ponderados por el Estado.

Las decisiones judiciales en sede popular, si bien están para evitar la vulneración o amenaza de los derechos e intereses colectivos, no pueden intervenir en la función administrativa de forma directa. Por ende, el control más acertado sería la declaratoria de nulidad y no precisamente la expedición de directrices hacia la autoridad administrativa con el fin de generar cambios importantes al contrato que no corresponden con sus funciones jurisdiccionales; ejemplo de ello es el modelo financiero del contrato.

Como se verá más adelante, esta decisión puede ir en contravía de la naturaleza jurídica de las acciones populares, las cuales se consideran un mecanismo principal, a diferencia de la tutela que es de carácter subsidiario. El artículo 144 de la Ley 1437, el cual fue avalado por la Corte Constitucional, pone de relieve una disminución del poder de la acción popular, acción que es de rango constitucional. Ese recorte de su alcance estaría en contra de la filosofía del constituyente de 1991, quien generó todas las condiciones normativas para el desarrollo legislativo de una acción especial superior a una acción ordinaria¹.

¹ Lo anterior se desprende de la lectura del artículo 88 de la Constitución Política de 1991: 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 públicos, 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. Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

El acatamiento de la prohibición del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 se ha sostenido en fallos recientes:

Ahora, de conformidad con el artículo 144 del C.P.A.C.A. no procede que el juez popular anule el contrato y los actos administrativos, sin perjuicio de que adopte las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de esas disposiciones, resaltando, en esa oportunidad, que, dado su carácter principal y preferencial, no puede subordinarse la procedencia de la acción popular al ejercicio de las acciones ordinarias y que el juicio de legalidad, orientado a la declaración de nulidad de los actos y contratos, no limita la competencia del juez popular para adoptar todas las medidas que sean necesarias para la protección eficaz de los derechos colectivos. (59). (Consejo de Estado - Sec II - Sentencia - Rad. 25000-23-41-000-2013-00194-01(AP), 2015)

Análisis de constitucionalidad del artículo 144 de la Ley 1435 de 2011

Se relacionarán los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011, para posteriormente realizar reflexiones que pretenden desvirtuar los argumentos del tribunal constitucional:

Primer argumento: Compatibilidad de la acción popular con la acción de controversias contractuales

La Corte Constitucional manifiesta que existe compatibilidad entre la acción popular y las acciones contenciosas para solicitar la declaratoria judicial de la nulidad de los contratos. (Corte Constitucional, Sentencia C-644, 2011, pág. 58). del avance jurisprudencial y del contenido de la Ley 472 de 1998 se puede concluir que la acción popular no es una acción subsidiaria, y en ese orden de ideas puede intentarse directamente sin tener que agotarse previamente otro medio de control. Sin embargo, cuando la Corte hace

esta afirmación, lo hace pensando en que cuando un contrato estatal sea demandado en una acción popular, en este se debatirá la vulneración o amenaza del derecho o interés colectivo, mientras se inicia el medio de control ordinario para solicitar la nulidad.

Esta conclusión de la Corte Constitucional le resta peso a las acciones populares de origen constitucional. El Consejo de Estado, de forma mayoritaria, había expresado que la vulneración de un derecho colectivo podía provenir directamente de la existencia del contrato². Por ejemplo, cuando se contrata con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se delegan prerrogativas públicas que no pueden delegarse, o se presenta la desviación de poder, y el contrato no cumple los fines constitucionales. En ese orden de ideas, si la acción popular es una acción autónoma, a nuestro modo de ver, el juez debería tener la posibilidad de anular el contrato y terminar con su existencia.

Por ende, la declaratoria de exequibilidad de la expresión demandada genera situaciones engorrosas y posiblemente contradictorias, puesto que es posible que en la acción popular se declaren violados los derechos colectivos por un contrato estatal, pero que en el proceso ordinario no se decrete la nulidad absoluta del contrato.

Segundo argumento: Fortalecimiento del debido proceso

Sostiene la Corte Constitucional que la expresión demandada fortalece el debido proceso porque clarifica a los jueces el alcance de la acción popular (Corte Constitucional, Sentencia C-644, 2011, pág. 58).

De la investigación realizada se concluye que no se presenta un fortalecimiento del debido proceso. Por el contrario, al dejar la Corte Constitucional exequible el numeral segundo del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, propicia la confusión cuando se demande un contrato en sede popular, ya que cuando el juez encuentre

² Revisar el período 1998-2012 de la jurisprudencia del Consejo de Estado que trata el presente artículo en sus inicios.

graves afectaciones o amenazas a un derecho o interés colectivo no podrá anularlo y cortar de raíz dicha vulneración o amenaza, sino que tendrá que tomar una serie de decisiones que pueden invadir la función administrativa y, lo que es peor, los interesados animados por proteger los derechos colectivos vulnerados o amenazados por el contrato deberán iniciar aparte el medio de control de controversias contractuales, pudiéndose tomar, a través de la acción ordinaria, una decisión totalmente distinta a la adoptada en la acción popular. Consideramos que esta medida limita el poder de las acciones constitucionales. Las facultades otorgadas por la Ley 472 de 1998 son amplias, pues su finalidad es la protección de derechos de rango constitucional. La norma y el pronunciamiento jurisprudencial terminan equiparando la acción popular con los medios de control ordinarios de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

La Corte Constitucional no es el organismo de cierre de las acciones populares en donde se encuentre demandada una autoridad pública. Esta función se le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, que desarrolló una línea jurisprudencial seria, concreta y reiterada, con limitaciones acertadas. Recordemos que, de acuerdo con esta jurisprudencia, no en todos los casos en donde se demandaba un contrato en sede popular se podía anular. Este escenario era la “última ratio” de un control ejecutado por un juez investido de funciones constitucionales, pues la protección de los derechos e intereses colectivos debe ceder ante el interés particular. Pero aun así, se reitera que el Consejo de Estado definió claramente la forma de proceder cuando se declaraba la nulidad de un contrato a través de la acción popular: i) no haber intentado con antelación una acción de controversias contractuales, ii) que a los juicios de acción popular hayan comparecido todas las partes involucradas en el asunto, con el fin de que sus derechos no resulten vulnerados y iii) finalmente que la nulidad sea manifiesta y que esta conlleve a la vulneración de los derechos colectivos.

Tercer argumento: libertad de configuración del legislador

La Corte sostiene que la limitación normativa consagrada en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 (Congreso de la República, Ley 1437, 2011) se encuentra dentro del marco de la potestad de configuración que tiene el legislador y de lo ordenado por el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia (Corte Constitucional, Sentencia C-644, 2011, pp. 58 y 69).

El artículo 88 de la Constitución Política de Colombia es concreto al otorgarle competencia al legislador para que regule la acción popular. Ley 472 de 1998 reflejó una consonancia entre lo producido por el legislador y lo querido por el constituyente primario. Sin embargo, la limitación introducida por el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 le resta eficacia y valor jurídico a una acción constitucional cuya finalidad es la protección directa de los derechos colectivos, los cuales revisten una importancia amplia para el constituyente primario, pues si no hubiese sido así, no se habría consagrado un medio de control independiente y público. El hecho es que impedir la anulación de los contratos en sede popular limita en gran medida el poder del juez constitucional.

El legislador y la Corte Constitucional parecen haber olvidado las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993³. Si se analizan estas causales, propias de contratos suscritos por el Estado, se dimensiona por qué debe ser procedente la facultad de anular contratos en sede popular.

No podemos olvidar que los fines del contrato estatal son diferentes a los del contrato privado y que su alcance, sumado a la adecuada administración del patrimonio público, de inmediato produce un trato diferenciado.

Cuarto argumento: la finalidad de la acción popular es distinta al medio de control de controversias contractuales

La Corte Constitucional manifiesta que, si se permitiese anular contratos en sede popular,

3 Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

se perdería la esencia de las acciones populares, la cual es actuar como medio de defensa de los derechos colectivos, antes que ser un instrumento para definir controversias contractuales (Corte Constitucional, Sentencia C- 644, 2011, pág. 61).

Las causales de nulidad absoluta del contrato estatal no son solamente de interés de la entidad contratante y del contratista. Por el contrario, causales como la nulidad absoluta por desviación de poder, por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades o por conflicto de intereses son de relevancia para la sociedad. Es por tal razón que estas situaciones, de amplio interés general, tienen que poder debatirse y solucionarse en las acciones populares.

Quinto argumento: si se anula un contrato en sede popular se pueden desconocer los derechos de las partes

La Corte manifiesta que en la acción popular solo se debate si se vulneran o amenazan los derechos o intereses colectivos. Discutir la legalidad del contrato puede desconocer los derechos de las partes si no son convocadas al proceso constitucional. Asimismo, la para la Corte, si las partes son citadas a defender la legalidad del contrato en sede popular no se les garantiza el debido proceso, ya que no es el escenario procesal pertinente para hacerlo (Corte Constitucional, Sentencia C- 644, 2011, pág. 62).

Consideramos que este argumento es artificial, ya que el Consejo de Estado reiteró que, si en sede popular se debatiera la legalidad de los contratos, las partes deberían ser convocadas para que ejercieran el debido proceso. Además, que en esa oportunidad podían controvertir las afirmaciones hechas por el accionante, aportar las pruebas y solicitar que las mismas se practicaran dentro del período probatorio que existe en la acción popular (artículo 48 y ss., Ley 472 de 1998).

Sexto argumento: diferencia entre los poderes el juez popular y el juez contencioso-administrativo

La Corte Constitucional expresa que el juez popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo. El juez popular antes “que dedicarse a determinar quién debía proferir un acto o cómo debía celebrarse un contrato, debe adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato, cuya forma no consiste precisamente en disponer su anulación” (Corte Constitucional, Sentencia C-644, 2011, pág. 64).

Se observa que esta afirmación de la Corte Constitucional tampoco es acertada. En efecto, la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo tiene la competencia tanto para conocer del medio de control de controversias contractuales como de las acciones populares en donde se demande a una autoridad pública. Así lo ratifican los artículos 141, 144, 149 y ss., de la Ley 1437 de 2011. Salvo algunas situaciones en consideración al territorio y la cuantía, el juez popular de los conflictos de las autoridades administrativas es el mismo que decide si un contrato estatal es válido o no. Es por eso que se le atribuye a la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de las acciones populares, precisamente porque entienden la dinámica y las particularidades tanto de la normativa como de la jurisprudencia administrativa.

Salvamento de voto Sentencia C-644 de 2011

Para los efectos de la presente investigación, resulta trascendental el análisis del salvamento de voto propuesto por el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva. En dicho salvamento, se argumenta por qué los jueces de la acción popular sí deben ser competentes para decidir sobre la legalidad de los contratos estatales (Corte Constitucional, Sentencia C-644, 2011, pág. 74):

1o. Se celebren con personas incurso 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.

Argumento normativo: mayor entidad constitucional de la acción popular

El Magistrado esboza inicialmente un argumento normativo constitucional, relativo a la mayor entidad constitucional de la acción popular, en cuanto se orienta a proteger derechos e intereses colectivos y públicos, frente a las acciones judiciales ordinarias que se dirigen a proteger intereses individuales y privados.

El debate de la amenaza o vulneración de los derechos o intereses colectivos que se presenta en la acción popular es de mayor importancia que una simple discusión ordinaria sobre alguna controversia contractual. Sin embargo, se reitera que hay causales de nulidad absoluta de los contratos estatales que vulneran derechos colectivos como el de la defensa al patrimonio público y la moralidad administrativa. Es por eso que en estos casos el debate de la legalidad del contrato debe ser absorbido por la acción constitucional la cual debería nuevamente ser mecanismo idóneo para anular los contratos estatales.

Argumento formal: Celeridad y economía procesal

El siguiente argumento formal defiende la necesidad de mayor celeridad y economía procesal, ya que las acciones populares duran bastante tiempo en ser resueltas, como para que al final los actores populares tengan que iniciar otras acciones judiciales ordinarias con el fin de obtener la nulidad del acto o contrato que dio lugar al daño colectivo.

No es un secreto la gran congestión de nuestros despachos judiciales, en especial los de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. No sabemos si en gran medida el nuevo procedimiento redundará en una reducción en los términos para impartir justicia. Los procesos adelantados a través Decreto 01 de 1984 tardaban un período de 10 a 15 años. La acción popular como acción constitucional tiene una mayor celeridad. Esta celeridad permite la protección inmediata, en este caso, de los derechos colectivos. Si en un proceso constitucional en donde se debata la vulneración de esta clase de derechos por la

sola existencia de un contrato estatal, resulta coherente que la solución a dicha medida sea precisamente la declaratoria de nulidad del acto jurídico negocial del Estado, debería ser este el escenario procesal para adelantarlo y no intentar una acción ordinaria que, a todas luces, sería mucho más demorada.

Argumento pragmático

Se expone un argumento pragmático que tiene en cuenta, en el mismo sentido que el argumento formal, la mayor eficiencia y economía procesal, de manera que se evidencia la mayor conveniencia de resolver todos los asuntos en una sola acción judicial; adicionalmente, resulta realmente inoficioso que en la sentencia de una acción popular, el juez ordene a las partes acudir a la jurisdicción ordinaria para que se solicite la nulidad absoluta del contrato que de alguna forma quedó demostrada en la acción popular. Además, resulta invasivo en la función administrativa que el juez ordene modificar, interpretar o terminar unilateralmente un contrato cuando considere configurada una causal de nulidad absoluta. Daría más claridad que se procediera a decretar la nulidad en vez de dictar medidas administrativas.

En algunas acciones populares sí es absolutamente necesario que el juez popular anule el acto o contrato que dio origen al daño para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, ya que el acto o contrato es en sí mismo el que genera el daño, como se evidencia en los casos de protección de la moralidad pública, entre otros.

Como ejemplo de lo anterior, aunque se trató de la discusión de la legalidad de un acto administrativo en sede popular, el Consejo de Estado ya inaplicó el segundo inciso del artículo 144 de 2011. En un fallo del 2013, declaró la nulidad de las Resoluciones 028 del 13 de mayo de 2010 “Por medio de la cual se otorga permiso de estudio de diversidad biológica a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia –FIDIC–, para el proyecto “Captura y estudio de investigación científica de diversidad biológica de primates en la cuenca del río Amazonas en el Trapecio Amazónico Colombiano”, y 0632 del 29 de junio de 2010 “por lo cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la primera”.

En dicha oportunidad el Consejo de Estado expresó:

Como corolario de lo anterior, la Sala inaplicará –vía excepción de inconstitucionalidad y contraconvencionalidad– la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 144 de la ley 1437 de 2011 que determina: “sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o contrato”, comoquiera que la misma deviene no sólo contraria al ordenamiento constitucional que inspiró este tipo de acciones o pretensiones, sino también porque introduce una limitación que hace nugatoria la protección efectiva de derechos reconocidos internacionalmente, al hacer depender el mecanismo idóneo y razonable para su amparo de la interposición de las acciones o pretensiones ordinarias (69) (Consejo de Estado, Sec III, Sentencia-radicado 25000-23-24-000-2011-00227-07(AP), 2013).

Si bien es cierto un fallo de una subsección del Consejo de Estado no modifica la línea jurisprudencial que viene adelantando el alto tribunal con relación a la restricción de anular contratos en sede popular, sí comienza a plasmar un camino plausible cuando la forma de garantizar la protección de un derecho o un interés colectivo afectado por un contrato sea la de anularlo en sede popular.

Esta decisión deberá ser tomada en cada caso concreto, y es siempre la última medida para garantizar la protección de los derechos e intereses colectivos. Es decir, que primero se deberá recurrir a otro tipo de decisiones siempre y cuando, claro está, no invadan las funciones administrativas que no son de su competencia.

Metodología

El método de investigación utilizado fue el hermenéutico-jurídico. Comenzó con el estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado la cual se dividió por épocas, conforme las diferentes posturas que tomaba el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo. El análisis se hizo desde el año 1998 (fecha en que es reglamentada la acción popular) hasta el año 2015. También se hizo el ejercicio hermenéutico con la Constitución Política de 1991, la Ley 472 de 1998 y la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, se acudió a la Relatoría del Consejo de Estado, accediendo en línea al sistema de búsqueda de jurisprudencia y a la página del Senado de la República, la cual constituye fuente primaria para las normas interpretadas.

Resultados

Se considera un desacierto que la Corte Constitucional haya declarado exequible la expresión “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”. El fundamento de esta afirmación parte de la categoría misma que el constituyente le entregó a las acciones populares, como acciones de rango constitucional. Por ende, a pesar de que el legislador quedó encargado de reglamentar la materia, no debió minimizar o reducir las competencias del juez popular y otorgarle un cierto aire de superioridad al medio de control ordinario de controversias contractuales como el único mecanismo procesal para buscar la nulidad del contrato público.

La Corte Constitucional tampoco analizó adecuadamente los cargos sobre la vulneración del artículo 229 de la Constitución Política sobre la limitación del acceso a la justicia, por parte del inciso 2 del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011. Es de anotar que este derecho es más relevante cuando estamos frente a una acción constitucional. La Corte, en la Sentencia C-644 de 2011, se dedicó a explicar que los derechos de las partes del contrato pueden verse vulnerados cuando a través de la acción popular se pide la anulación del contrato estatal. Pero no se preguntó sobre el papel importante que vienen adelantando las veedurías ciudadanas, los movimientos ciudadanos y demás personas que están presentes y pendientes de la protección de los derechos e intereses colectivos.

Por lo menos, como se expresa en el salvamento de voto, se debió decretar una exequibilidad condicionada, es decir, permitir la procedencia de la anulación de los contratos en sede popular cuando la sola existencia del

acto jurídico negocial amenace o vulnere un derecho o interés colectivo.

No se puede pensar que la orden dada por la Constitución al legislador, de reglamentar la acción popular, puede dedicarse a limitar y a contradecir las finalidades de los mecanismos directos de protección de los derechos que tienen las personas y los ciudadanos. El avance de las tecnologías de la información permite que las personas apliquen un seguimiento más directo a la actividad contractual del Estado⁴. En ese orden de ideas la acción popular es un mecanismo válido para garantizar la transparencia, la moralidad administrativa y la protección de los recursos públicos del Estado, en el caso en que se encuentren amenazados por la existencia de un contrato estatal. Incluso, en ciertas ocasiones, la vulneración o amenaza de un derecho colectivo, contenida en un contrato público, podría coincidir con las causales de nulidad absoluta del contrato que consagran tanto las leyes civiles, como el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por ejemplo: la desviación de poder, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades o la suscripción de un contrato que expresamente está prohibido por el ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ya había resuelto el problema al permitir la procedencia de esta medida, y establecer que era una decisión de “última ratio”, donde se debía configurar una causal de nulidad absoluta cuando la existencia del contrato vulnerase directamente un derecho colectivo. Asimismo, dispuso que las partes del contrato debían ser citadas al proceso cuando el accionante solicitara la nulidad absoluta del contrato.

Conclusión

Como se explicó con antelación, los argumentos adicionales usados por la Corte Constitucional les restan eficacia a las acciones populares como medio de control público, como manifestación del principio de participación, principio democrático contenido en el artículo 3 de la Constitución Política de 1991. En efecto,

si bien cualquier persona puede demandar un contrato que vulnere un derecho o interés colectivo, también tendría que estar facultada para solicitar su nulidad, ya que los contratos públicos están instaurados para garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, satisfacer el interés general y proteger el orden público (artículo 3.º de la Ley 80 de 1993).

Al hacer nuevamente referencia al fallo del Consejo de Estado del año 2013 (Consejo de Estado, Sección III, Sentencia-radicado 25000-23-24-000-2011-00227-07(AP)), consideramos que el operador jurisdiccional está en la facultad, cuando sea conducente, de inaplicar el segundo inciso del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 debido a que:

- La acción popular es un medio de protección principal, es decir, no es subsidiario, y su ejercicio no se supedita a la interposición de otros medios de control.
- Las acciones constitucionales fueron consagradas directamente por el Constituyente, entre otros, para la protección y amparo de los derechos e intereses colectivos. Además, si bien el legislador tiene el mandato constitucional de reglamentar la acción popular, no está facultado para mutar o transformar la calidad o naturaleza de este tipo de mecanismo, es decir, desconocer su condición de instrumento procesal constitucional encaminado a la protección de derechos colectivos.
- La acción popular está lejos de ser un mecanismo suspensivo, lo cual la equipararía a una medida cautelar. La acción popular busca definir con efectos de cosa juzgada.
- El juez natural de las acciones populares de los contratos públicos es el mismo que conoce del medio de control de controversias contractuales.
- El artículo 34 de la Ley 472 de 1998 establece que el juez popular puede tomar todo tipo de decisiones de dar, hacer y

⁴ La 1150 de 2007 gestó el fortalecimiento del SECOP: <https://www.contratos.gov.co/puc/buscador.html>. Asimismo lo viene realizando la Agencia Nacional de Contratación Pública: <http://www.colombiacompra.gov.co/>

no hacer. Luego, no es consecuente con esta disposición que se prohíba anular contratos en sede popular.

El artículo 88 de la Constitución Política de 1991 y la Ley 472 de 1998 desarrollaron la importancia de contar con un mecanismo constitucional expedito para la protección de los derechos colectivos.

Ahora, 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, 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 público.

Conforme lo anterior, cualquier persona tiene derecho a demandar la nulidad absoluta de un contrato estatal, ya que son nulidades insaneables y que, aplicadas por el artículo 44 de la Ley 80, sin duda alguna, son de interés de toda la sociedad.

Por lo anterior resulta inverosímil que no se pueda solicitar la nulidad del contrato en sede popular, al aplicarse las garantías que ya el Consejo de Estado había decantado en más de diez años de jurisprudencia.

Ahora bien, las acciones constitucionales deben ser falladas en menos tiempo que las acciones ordinarias. En ese orden de ideas, si la existencia de un contrato vulnera un

derecho colectivo, se tendrá que esperar que se resuelva el proceso ordinario, el cual puede tardar varios años. Esto hace, entonces, que la afectación a los ya aludidos derechos perdure en el tiempo con todas las graves implicaciones que dicha situación generaría.

Referencias bibliográficas

- Congreso de la República de Colombia. Ley 472 de 1998 “ *por la cual se desarrolla (1998). el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*”. Bogotá: Congreso.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente - Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Obtenido de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>
- Colombia. Congreso de la República - Ley 1425. (29 de Diciembre de 2010). Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1425_2010.html
- Colombia. Congreso de la República - Ley 1437. (18 de Enero de 2011). Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Colombia. Congreso de la República - Ley 472. (5 de Agosto de 1998). Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html
- Colombia. Congreso de la República - Ley 80. (28 de Octubre de 1993). Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Colombia Consejo de Estado - Acuerdo 55. (5 de Agosto de 2003). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17815>
- Colombia. Consejo de Estado - Acuerdo 58. (15 de Septiembre de 1999). Obtenido de http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/nuestraentidad/Reglamento_CE_Acuerdo_58_de_1999.pdf
- Colombia. Consejo de Estado - Sec I - Sentencia - Exp. AP 0308. (3 de Mayo de 2002). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec I - Sentencia - Exp. AP 076. (24 de Mayo de 2001). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

- Colombia. Consejo de Estado - Sec I - Sentencia - Exp. AP 115. (30 de Noviembre de 2000). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec I - Sentencia - Exp. AP 158. (25 de Enero de 2001). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec II - Sentencia - Exp. AP 025. (23 de Marzo de 2000). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec II - Sentencia - Exp. AP 068. (5 de Julio de 2001). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec II - Sentencia - Exp. AP 156. (25 de Enero de 2001). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec II - Sentencia - Rad. 25000-23-41-000-2013-00194-01(AP). (5 de Marzo de 2015). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Exp. 25000-23-24-000-2002-1964-01(AP). (5 de Febrero de 2004). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Exp. AP 285. (21 de Marzo de 2002). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Exp. AP 518. (13 de Octubre de 2002). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Exp. AP 537. (26 de Septiembre de 2002). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Exp. AP 612. (26 de Septiembre de 2002). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 63001-23-31-000-2003-00861-01(AP). (13 de Febrero de 2006). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 13001-23-31-000-2010-00719-01(AP). (23 de Mayo de 2012). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 13001-23-31-000-2010-00719-01(AP). (23 de Mayo de 2012). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP). (29 de Agosto de 2014). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 25000-23-24-000-2011-00227-07(AP). (26 de Noviembre de 2013). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 25000-23-24-000-2011-00530-01(AP). (26 de Septiembre de 2013). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 25000-23-26-000-2003-02458-01(AP). (24 de Agosto de 2005). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 25000-23-27-000-2004-01402-02(AP). (5 de Marzo de 2008). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP). (17 de Mayo de 2007). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP). (8 de Junio de 2011). , *Sección 3a, Sentencia 8 de junio de 2011, Exp.*. Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 41001-23-31-000-2004-00819-01(AP). (19 de Abril de 2007). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 70001-23-31-000-2003-00793-01(AP). (19 de Julio de 2006). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP). (21 de Febrero de 2007). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec III - Sentencia - Rad. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP). (2 de Diciembre de 2013). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec IV - Sentencia - AP. 1768. (16 de Agosto de 2002). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec V - Sentencia - Exp. AP 008. (12 de Febrero de 2002). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Consejo de Estado - Sec V - Sentencia - Exp. AP 151. (1 de Febrero de 2001). Obtenido de <http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Colombia. Corte Constitucional - Sentencia C - 088. (2 de Febrero de 2000). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5957>
- Colombia. Corte Constitucional - Sentencia C- 644. (31 de Agosto de 2011). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-644-11.htm>
- Enríquez, A. H. (agosto de 2003). Conferencia "Las acciones populares y la validez de los contratos estatales. Bogotá.