

**ACCIONES POPULARES EN DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO EN
CONTRATOS ESTATALES**

CLAUDIA PATRICIA DIAZ TULCAN

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO _ JURIDICOS
PROGRAMA ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2011**

**ACCIONES POPULARES EN DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO EN
CONTRATOS ESTATALES**

CLAUDIA PATRICIA DIAZ TULCAN

Proyecto para optar para título de Especialista en Derecho Administrativo

Dra.: ISABEL GOYES

Asesora

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO _ JURIDICOS

PROGRAMA ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

PASTO

2011

**Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de
responsabilidad exclusiva de sus autores.**

**Artículo primero del acuerdo 324 de octubre once (11), de 1966 emanado del
Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.**

NOTA DE ACEPTACION

FIRMA DEL JURADO

FIRMA DEL JURADO

San Juan de Pasto, 16 de Noviembre de 2011

DEDICATORIA

Con toda gratitud a todas las personas que contribuyeron al éxito de esta investigación, en primer lugar a ti Papito Dios, que me diste la oportunidad de vivir y reglarme una familia maravillosa, por ser mi amigo y compañero de esta travesía; en segundo lugar, a mis padres, hermanos y mis dos sobrinas quienes siempre se han sentido orgullosos y han creído en mi; a mis amigos y compañeros quienes de igual manera siempre han estado a mi lado.

GLOSARIO

ACCIONES POPULARES: Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, que se ejercen para evitar el daño contingente, hace cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

PATRIMONIO PÚBLICO: Conjunto de bienes, recursos e intereses patrimoniales del Estado, abarca todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran en cabeza del Estado como su titular, bienes de uso público, bienes fiscales, territorio.

CONTRATOS ESTATALES: Son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere la ley 80 de 1993, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados de la autonomía de la voluntad.

DERECHOS COLECTIVOS: Se refiere al derecho de los pueblos a ser protegidos cuando resulten amenazados por acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Los derechos colectivos se clasifican entre los derechos de tercera generación.

BIENES DE USO PÚBLICO: Son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, es decir, aquellos cuya utilización está abierta al público.

BIENES FISCALES: Los bienes fiscales se definen por exclusión de los bienes de uso público. Es decir, son aquellos que le pertenecen a personas públicas pero que cuyo uso no es general para los habitantes. Estos bienes componen el dominio privado del Estado.

RESUMEN

En Colombia encontramos un panorama con serios inconvenientes en la protección al patrimonio público, en donde una de las principales fuentes de su vulneración o trasgresión la constituye la contratación estatal, en la medida que son múltiples las circunstancias que pueden dar lugar a esos quebramientos, ya sea que se derivan de la propia ejecución del contrato y del cumplimiento del mismo, o por fuerza mayor o caso fortuito, sean unas u otras atribuibles ya sea a la administración, al contratista, o en su defecto a ambas partes.

Ahora bien, teniendo en cuenta, que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, la cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos; el ciudadano del común ha encontrado en la acción popular el mecanismo en idóneo para ejercer el derecho a la defensa del patrimonio público, el cual busca asegurar no solo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado. En tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular.

ABSTRACT

In Colombia we find a picture with serious shortcomings in the protection of the public patrimony, where one of the main sources of his violation or transgression is the State hiring to the extent that are multiple circumstances that they may give rise to such transgression, whether they arise from the own execution of the contract and the fulfillment of the same.

Administrative corruption is one of the most devastating scourges that eat the public patrimony, and that he has found fertile ground mainly in the field of public procurement, which has recently reached unexpected levels and substantial public resources are diverted from the social public investment, with grave sacrifice to the goals of economic growth and of improvement of the living conditions of the majority of Colombians, the common citizen has been found in the popular action mechanism in suitable to exercise the right to defense of the public heritage, which it seeks to ensure not only the efficiency and transparency in management and administration of public resources, but also the use thereof in accordance with its object and, in special, with the finally society state, If the administration or the individual who manages public resources managed them unduly, either negligent or inefficient, or for he went them to expenses other than those explicitly listed in the rules, they affected the public patrimony , they affected the public patrimony, their protection can proceed through the popular action.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	10
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
2. OBJETIVOS	15
2.1 OBJETIVO GENERAL	15
2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS	15
3. GENERALIDADES DE LA ACCION POPULAR	16
3.1 LA ACCION POPULAR ANTES Y DESPUES DE LA CONSTITUCION DE 1991	16
3.2 DERECHOS COLECTIVOS: JUSTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN POPULAR	20
4. DERECHO COLECTIVO DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO	26
4.1 NOCIONES GENERALES	26
4.2 CLASES DE BIENES	28
4.2.1. El Territorio	28
4.2.2. Los Bienes De Uso Público	29
4.2.3. Los Bienes Fiscales	31
4.3 CONCEPTO DE PATRIMONIO PÚBLICO	33
5. ACCIONES POPULARES EN DEFENSA DE PATRIMONIO PUBLICO EN CONTRATOS ESTATALES	40
5.1 GENERALIDADES Y NECESIDAD DE ESTE MECANISMO	40
5.2 JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO VIABILIDAD DE ENJUICIAR CONTRATOS ESTATALES A TRAVÉS DE LA ACCIÓN POPULAR CONSEJO DE ESTADO	49
6. CONCLUSIONES	74
7. RECOMENDACIONES	74
BIBLIOGRAFIA	76
NETGRAFIA	77

INTRODUCCION

... “A la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socioeconómicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad as o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de la comunidad”¹

El presente trabajo pretende estudiar el desarrollo que ha tenido el derecho colectivo en defensa del patrimonio público y su protección a través de las acciones populares. Particularmente, en lo referente a su definición y contenido, teniendo en consideración la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado a partir del año 2001.

De lo anterior se derivan como propósitos específicos la realización de una aproximación a la noción de patrimonio público, desde la óptica jurisprudencial; explorar la aplicabilidad que ha tenido la defensa del patrimonio público como derecho en Colombia; analizar algunos fallos judiciales en los que se ha protegido el patrimonio público como derecho colectivo y, evaluar los factores de éxito y principales obstáculos para la aplicación del la defensa del patrimonio público como derecho tutelable de manera autónoma en el ordenamiento jurídico colombiano.

En Colombia encontramos un panorama con serios inconvenientes en la protección al patrimonio público, en donde una de las principales fuentes de su

¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 215 de 1999; MP. Martha Sachica.

vulneración o trasgresión la constituye la contratación estatal, en la medida que son múltiples las circunstancias que pueden dar lugar a esos quebramientos, ya sea que se derivan de la propia ejecución del contrato y del cumplimiento del mismo, o por fuerza mayor o caso fortuito, sean unas u otras atribuibles ya sea a la administración, al contratista, o en su defecto a ambas partes.

Ahora, el derecho a la defensa del patrimonio público, busca asegurar no solo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado. En tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular.

Según la ley 472 de 1998 la ley que regula y reglamenta las acciones populares estas son procedentes frente a contratos estatales. En ese orden de ideas, como frente a la procedencia de las acciones populares contra contratos estatales y actos administrativos no fueron suficientemente claros ni en el artículo 88 de la constitución nacional, ni en la ley 472 de 1998, es la jurisprudencia en particular la del Consejo de Estado la que habiéndose ocupado del asunto, ha encontrado procedente la acción en estos casos, máxime cuando la misma corporación ha manifestado que *“el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.”*²

² Consejo de estado. Sentencia AP-518 de 31 de Octubre de 2002, sección Tercera. MP. Ricardo Hoyos Duque.

La acción popular, instituida en la constitución de 1991, como herramienta para alcanzar logros colectivos, ha sido de gran importancia para promover no solo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado, pero cabe preguntarse si las acciones populares han contribuido a defender el patrimonio público frente a la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas.

Al analizar detalladamente la intención de la Carta Política de 1991, es evidente que su sentido garantista contempló mecanismos de protección de los derechos allí contenidos para que fueran ejercidos por los propios ciudadanos. Sin embargo, algunos de estos no han tenido la difusión suficiente o sólo hasta ahora comienza a explorarse su importancia como herramienta efectiva para la protección de los derechos constitucionales.

En tal sentido, desarrollar investigaciones que profundicen el estudio de las acciones populares y, específicamente, de uno de los derechos que puede ser amparado bajo esta figura, como es la defensa del patrimonio público, resulta un ejercicio no sólo útil en términos académicos sino también para la aplicación práctica del derecho. De igual manera, resulta pertinente realizar un análisis sobre este derecho, considerando que si bien ostenta un rango constitucional, hasta el momento no ha logrado tener el suficiente desarrollo, de manera que los casos en que ha sido invocada su protección, esta se ha hecho en conexidad con otros derechos que cuentan con un contenido definido.

Esta la investigación se divide en cuatro capítulos que buscan abarcar cada uno de los objetivos específicos descritos. El primer capítulo abordará aspectos generales del origen y regulación normativa de las acciones populares en el marco

jurídico colombiano. En segundo lugar dar a conocer una aproximación del concepto de patrimonio público, y como ha sido su evolución conceptual. El tercero presentará el curso de las decisiones del Consejo de Estado, respecto de la defensa del patrimonio público en materia contractual y la efectividad de la acción, y por último, en el cuarto capítulo se presentaran las conclusiones y propuestas para el desarrollo futuro del derecho colectivo de la defensa del patrimonio público.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿De qué manera la aplicación de la acción popular ha contribuido en la protección, adecuado manejo, eficiencia y transparencia del patrimonio público específicamente en el manejo adecuado de dineros públicos en contratos estatales?

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer la manera cómo la aplicación de la acción popular ha contribuido a defender el patrimonio público, específicamente en el manejo adecuado de dineros públicos en contratos estatales, según la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Estudiar e identificar el origen y regulación normativa de las acciones populares, en el marco jurídico vigente en Colombia.
- Describir cual ha sido la evolución del concepto de patrimonio público.
- Determinar cuál ha sido el curso de las decisiones judiciales del Consejo de Estado en acciones populares en aras de la defensa del patrimonio público, en contratos estatales. (línea jurisprudencial)

3. GENERALIDADES DE LA ACCION POPULAR

La constitución política colombiana de 1991 marcó grandes cambios en el devenir jurídico, la consagración de Colombia como un Estado Social de Derecho, la constitucionalización de los derechos humanos de primera segunda y tercera generación y más importante aún la creación y elevación de algunas acciones judiciales para la defensa de tales derechos en procura de que la materialización de los mismos fuera una realidad son sin duda los aspectos más destacables de la misma.

En este entorno, el constituyente de 1991 consciente de la realidad del país y de la necesidad de instituir mecanismos propios en defensa efectiva de los derechos colectivos, cuando quiera que ellos fueran amenazados y/o vulnerados, constitucionalizó por primera vez las acciones populares, así las cosas, el Consejo de Estado ha realizado importantes avances con los cuales ha establecido un marco jurídico bajo el cual se interpreta, considera y juzgan los derechos colectivos sustento de la acción popular.

También el Consejo de Estado se ha preocupado por asegurar la vigencia del principio de protección efectiva del patrimonio público y de los recursos presupuestales de la Nación y de asegurar la vigencia efectiva de intereses colectivos que encarnan valores superiores.

3.1 LA ACCION POPULAR ANTES Y DESPUES DE LA CONSTITUCION DE 1991

Las acciones populares no son un invento cuyo origen sea predicable al legislador de 1991, ni siquiera las mismas nacieron en el derecho Colombiano, su origen se

remonta a la expedición del código civil colombiana de 1887, teniendo consagración en los artículos 1005 y 2359 del Código Civil, según los cuales:

“ART. 1005. —*Acciones populares o municipales. La municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrán en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.*

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

ART. 2359. —*Titular de la acción por daño contingente. Por regla general se concede acción a todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de estas podrá intentar acción.”*³

Ahora bien, al adquirir la figura de la acción popular gran importancia entre los colombianos, la Asamblea Nacional Constituyente decidió elevarla a disposición constitucional, consagrándola en el artículo 88 de la Constitución Política de la siguiente manera:

“ART. 88.—*La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

³ Código Civil Colombiano artículos 1005 y 2359.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

*Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.*⁴

Conforme a lo establecido por el artículo 88 superior, el Congreso de la República expidió la Ley 472 de 1998, reglamentando las acciones populares y de grupo:

*“ART. 1º Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular las acciones populares y las acciones de grupo de qué trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personal.”*⁵

De acuerdo a las disposiciones mencionadas, la acción popular tuvo sus orígenes en el Código Civil, con regulaciones adicionales, que finalmente la convirtieron en un mecanismo constitucional para la defensa de los derechos e intereses colectivos, tales como **el patrimonio público**, el medio ambiente sano, la moralidad administrativa, la seguridad y la salubridad públicas, entre otros.

Como ya se mencionó, la Ley 472 de 1998 tuvo por objeto regular las acciones consagradas en el artículo 88 de la Constitución, estableciendo el procedimiento necesario para el ejercicio de las mismas, tales como su trámite, la procedencia y caducidad, la legitimación, la jurisdicción y competencia, la presentación, admisión, la notificación y traslado de la demanda, el periodo probatorio, la sentencia, los incentivos, etc.

Así entonces, las acciones populares tienen actualmente un fundamento constitucional y una regulación legal que establece el trámite necesario para interponer las mismas; sin embargo, de igual manera la jurisprudencia colombiana

⁴ Constitución Nacional, artículo 88º.

⁵ Ley 472 de 1998, artículo 1º.

ha dado su concepto respecto a las acciones populares, es así como la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de octubre 05 de 2005, respecto al tema consideró:

“El artículo 1º de la Ley 472 de 1998 al señalar el objeto de la ley prescribe que “estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos”; a tiempo que el artículo 2º define las acciones populares como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos” y agrega que ellas se “ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”; en tanto que el artículo 9º reitera que las acciones populares “proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”; por fin, el artículo 34 al ocuparse de la sentencia prevé la posibilidad de condenar al pago de perjuicios “cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo” en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo (...)

(...) Estas disposiciones conjuntamente tomadas permiten inferir sin mayor dificultad el carácter autónomo de estas acciones constitucionales. Carácter principal —y no residual como equivocadamente asevera el demandado— que tiene por propósito la plena garantía de los derechos objeto de su tutela. Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias pertinentes”.⁶

⁶ Consejo De Estado. Sentencia AP 1588 de 5 de Octubre de 2005, sección Tercera MP. Ramiro Saavedra Becerra.

En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (L. 472/98, art. 6º) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (L. 472, arts. 12 y 13 y C.C., art. 1005) justamente por la índole de los derechos involucrados.

Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias pertinentes para la protección de derechos subjetivos. Planteamiento distinto perdería de vista la esencia de las acciones populares como medio de defensa de los derechos colectivos antes que instrumento para definir controversias particulares.

En el asunto que nos ocupa dentro de la investigación, es claro entonces, que las acciones populares son procedentes para determinar la vulneración de derechos colectivos en la celebración de contratos por parte de la administración pública, máxime si se trata de contratos celebrados en un contexto de privatización y democratización de la propiedad accionaria, al tenor del artículo 60 de la Constitución.

Sin embargo cabe recordar, que si bien la acción popular puede adelantarse independientemente de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, para la protección de los derechos e intereses colectivos, tampoco se trata de acciones configuradas para desplazar los medios de defensa judicial ordinarios, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional son diferentes a aquellos que corresponden al juez ordinario; es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos. Al respecto, el Consejo de Estado en una de sus providencias ha sostenido:

“En efecto, el juez constitucional de la acción popular tiene señalado por la Constitución y la ley su marco de acción para la protección de los derechos e intereses colectivos, pero ello no significa, y como lo ha como lo ha considerado esta corporación, que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que le corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo. En igual sentido puede predicarse respecto de los casos que por efecto de la contratación deben debatirse y decidirse ante los jueces ordinarios conforme a la ley.”⁷

3.2 DERECHOS COLECTIVOS: JUSTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN POPULAR

El derecho colombiano y sus instituciones tienen una marcada influencia individualista. Los litigios en los tribunales de cualquier rama del derecho, se encaminan a proteger los derechos cuyo titular es una persona determinada, no abarcan todas las opciones, dentro de las cuales el derecho puede ser transgredido. Los particulares, considerados como conjunto, tienen “interés jurídico” en aspectos que conciernen a la colectividad como tal.

La concepción jurídica de los derechos ha tenido por siglos su centro de gravedad en la idea de derecho subjetivo, esto es, en una facultad o prerrogativa otorgada por el derecho y que responde a la naturaleza misma del hombre. Una de las implicaciones más complejas de las relaciones impuestas por el estado social de derecho, tiene que ver con el surgimiento de otro tipo de derechos contruidos bajo categorías diferentes a la de los derechos subjetivos.

Estos nuevos derechos, son el resultado del surgimiento de nuevas condiciones sociales y económicas que afectan gravemente la vida de los ciudadanos y el

⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 5 de octubre de 2005. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

goce de sus derechos y para las cuales los mecanismos clásicos de protección de los derechos resultan insuficientes.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, contempló la necesidad de elevar a rango constitucional los denominados derechos de tercera generación o derechos colectivos. Estos derechos aunque no en su totalidad, se encuentran inmersos en la constitución de 1991, en su capítulo 3 del Título II, artículos 78 a 82, y están relacionados con el medio ambiente, el patrimonio público, el espacio público, la seguridad y salubridad pública, la moral administrativa y la libre competencia económica, entre otros, puesto que existe la posibilidad de aumentar la lista por vía legislativa, con otros derechos que contengan una finalidad pública o colectiva.

De ahí que, en la sentencia C- 215 de 1999, la Corte constitucional haciendo referencia a la acción popular consideró que:

"Dentro del marco del Estado social de Derecho y de la democracia participativa consagrado por el constituyente de 1991, la intervención activa de los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular.

(...) Conforme al nuevo modelo de democracia, los ciudadanos no sólo participan en el gobierno de su país mediante la elección libre de sus representantes, sino que a través de diversos mecanismos de deliberación, colaboración, consulta y control diseñados por el constituyente, se les permite intervenir de manera activa en las decisiones que los afectan e impulsar la acción de las autoridades en el propósito común de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado.

Esa participación tiene entonces, dos dimensiones : una, política, relativa a la participación en el ejercicio del poder político y a las relaciones entre el ciudadano y el Estado; y otra social, en cuanto le otorga al ciudadano la oportunidad de representar y defender intereses comunitarios. Principios y Valores como los de la solidaridad, la prevalencia del interés general y la participación comunitaria presiden la consagración en nuestra Carta Fundamental, no sólo de nuevas categorías de derechos, sino también, de novedosos mecanismos de protección y defensa del ciudadano.”⁸

La constitucionalización de estas acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad

De la misma forma, el Consejo de Estado en la sentencia AP-099 con ponencia del Magistrado Germán Rodríguez Villamizar al referirse a la naturaleza jurídica de esta acción consideró que:

"Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Cabe señalar que tales derechos e intereses colectivos, no son únicamente los relacionados con el patrimonio, el

⁸ Corte constitucional, sentencia C- 215 de 1999.

espacio, la seguridad, y salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica, ni tampoco los enunciados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino también los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia.”⁹

Ahora bien, aunque este mecanismo de defensa judicial busque la protección de los derechos e intereses colectivos, no quiere decir que pueda ejercerse para lograr la reparación, bien sea individual o plural, del daño que ocasione la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, por cuanto para ello el constituyente y el legislador han previsto otro tipo de acciones, como por ejemplo, las acciones de grupo o de clase, del artículo 88 constitucional, desarrolladas en la Ley 472 de 1998, y la acción de reparación directa del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. La naturaleza de las acciones populares por tanto es preventiva, y por lo anterior, el inciso 2º del artículo 88 de la Ley 472 de 1998 establece que éstas se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Los derechos colectivos, poseen características de índole especial que los diferencian de los demás derechos. La corte constitucional, en sentencia C-377 de 2002, explica estos aspectos de la siguiente manera:

“Estos derechos colectivos se caracterizan porque son derechos de solidaridad, no son excluyentes, pertenecen a todos y cada uno de los individuos y no pueden existir sin la cooperación entre la sociedad civil, el Estado y la comunidad internacional. En este sentido los derechos colectivos generan en su ejercicio una doble titularidad, individual y colectiva, que trasciende el ámbito interno. También los derechos colectivos se caracterizan porque exigen una labor anticipada, y, por ende, una acción pronta de la

⁹ Consejo de Estado. Sentencia AP.099, MP. Germán Rodríguez Villamizar.

*justicia para evitar su vulneración u obtener, en dado caso su restablecimiento. De ahí que su defensa sea eminentemente preventiva. Otro rasgo es que superan la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado. Además son de índole participativa, puesto que mediante su protección se busca que la sociedad delimite los parámetros dentro de los cuales se pueden desarrollar las actividades productivas y socialmente peligrosas. Igualmente, los derechos colectivos son de amplio espectro en la medida en que no pueden considerarse como un sistema cerrado a la evolución social y política. Finalmente, estos derechos tienen carácter conflictivo tanto y en cuanto implican transformaciones a la libertad de mercado*¹⁰

En resumen, los derechos colectivos son un logro de las constituciones contemporáneas como la constitución de 1991, donde se consagra y se anuncia que estos no se concretan en cabeza de una persona determinada, sino en la colectividad.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-377 14 de mayo de 2002. MP. Clara Ines Vargas Hernández.

4. DERECHO COLECTIVO DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Para desarrollar las funciones que la sociedad les ha encomendado, las entidades públicas, como cualquier persona natural o jurídica, requieren una serie de elementos económicos que se traducen en la existencia de un patrimonio. Este patrimonio según algunas definiciones clásicas es el que se encuentra compuesto de bienes, es decir, las cosas que pueden ser objeto de derechos y que representan un valor pecuniario.

4.1 NOCIONES GENERALES

Para dar inicio a este trabajo de investigación, relacionado con la defensa del patrimonio público, creo en la importancia de dar una definición clara de lo que se entiende por patrimonio público, y que bienes son los que forman dicho patrimonio.

El tema de Patrimonio Público es un concepto que debemos analizarlo dentro del contexto de derecho público pues *“su titularidad contribuye a facilitar su contenido particular y el ejercicio de las facultades y de las acciones que las autoridades públicas deben practicar para preservar su integridad”*¹¹

De lo anterior, la importancia para poder entender el concepto de patrimonio público, sea necesario diferenciar nociones básicas, así: tres conceptos, el dominio eminente, el dominio público y el dominio privado del Estado.

A. El Dominio Eminente: Es el poder que tiene el Estado sobre la totalidad del territorio de su jurisdicción, con fundamento en su soberanía, el cual se traduce en

¹¹ Revista de derecho DEL PATRIMONIO PUBLICO UNA APROXIMACION AL CONCEPTO Y A SU CONTENIDO. www.umng.edu.co.

el poder de tomar medidas en relación con ese territorio, cuando las necesidades de la comunidad lo requieran, aun cuando aquel está sometido a propiedad privada.

El dominio eminente es un poder supremo sobre el territorio, entendido este en su concepto más amplio, y lo ejerce el Estado potencialmente sobre los bienes situados dentro de él, ya sea que la propiedad de aquellos pertenezca al mismo Estado propiamente dicho y no a las demás personas públicas.

Este poder o dominio no hace parte del dominio del Estado desde el punto de vista económico tradicional, pero es evidente que influye indirectamente en el patrimonio, pues en mayor o menor medida es el fundamento de la riqueza estatal.

B. El Dominio Público: La distinción entre dominio público y dominio privado del Estado encuentra antecedentes desde las primeras comunidades humanas, hasta configurarse claramente en Roma mediante los conceptos de *res publicae* y *res fisci*, el primero refiriéndose a las cosas públicas y el segundo a los demás bienes del gobernante.

Se han tomado varios criterios para determinar, el primero ha sido el del derecho romano, según el cual el dominio público es el conjunto de los bienes afectados al uso de todos. A esta idea se le agregó que el dominio público está constituido por los bienes que no son susceptibles de propiedad privada por su naturaleza. Y se continuó con la concepción de bienes al uso de todos, pero adicionada con los bienes afectados a los servicios públicos. Se concluyó entonces que el dominio público si es un derecho de concepción y que tiene características diferentes a la propiedad privada.

El carácter especial del dominio público se sale a relucir cuando observamos que estos bienes son inalienables, imprescriptibles e inembargables y además los

bienes de dominio público están sometidos a un régimen jurídico de carácter administrativo, esencialmente diferente al régimen de propiedad privada y cuya competencia le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

C. El Dominio Privado Del Estado: De los análisis anteriores, resulta que la noción de dominio privado del Estado se refiere, por exclusión, de la del dominio público. Es decir, que el dominio privado del Estado está compuesto por todos aquellos bienes que pertenecen a las personas públicas y que no reúnen las condiciones para hacer parte del dominio público. Lógicamente también está excluido del territorio, en medida en que él pertenece al Estado, pero solo a título de dominio eminente.

La característica peculiar del dominio privado consiste en que la propiedad que ejercen las personas públicas del sobre él, es parecida a la propiedad de los particulares sobre sus propios bienes.

4.2 CLASES DE BIENES

De acuerdo con los conceptos básicos podemos llegar a la conclusión que en Colombia existen tres clases de bienes: el territorio, los bienes de uso público y los bienes fiscales.

4.2.1. El Territorio:

A. Fundamento Legal: El artículo 102 de la constitución política establece que “el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la nación”.

B. Noción: Toda la interpretación que pueda tener este término es aquella contenida en los artículos 101 y 102 de la constitución política, según lo cual el

territorio está conformado por un territorio continental, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espectro electromagnético, la zona económica exclusiva, el segmento de la órbita geoestacionaria y el espacio en donde actúa, junto con el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la isla de Malpelo y demás islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen.

- C. Régimen Jurídico:** El dominio que le entrega el artículo 101 de la constitución política al estado, es el ya estudiado dominio eminente, el cual, como lo advertimos en su oportunidad, no es un derecho de propiedad, es decir, no es un dominio de contenido económico, sino más bien de contenido político.

El régimen que más que todo establece las normas de manejo y control del territorio, son las normas internacionales celebradas por el Estado, ósea, en general las normas de derecho internacional y a medida que se juegue con los intereses de otros Estados y a veces de la comunidad internacional.

A parte de los artículos 101 y 102 de la constitución política, también existen una cantidad de normas que se encargan de tratar el tema, tales como: artículos 34, 82, 58 y 59 de la carta, el art 4° del decreto 2811 de 1974 del régimen ambiental, las leyes agrarias y rurales 160 de 1994, 812 de 2003, 9° de 1989 y 288 de 1997.

4.2.2. Los Bienes De Uso Público:

- A. El Fundamento Legal:** La existencia de esta clase de bienes la encontramos consagrada en el artículo 674 del código civil que prescribe *“se llaman bienes de la unión, aquellos cuyo dominio pertenecen a la república. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio como el de las calles,*

*plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio*¹².

B. Noción: Según lo que se desprende de la definición contemplada por el código civil, los bienes de uso público son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, es decir, aquellos cuya utilización está abierta al público. Y además es necesario que pertenezcan a una persona pública. A este respecto, existen dudas sobre si la propiedad de estos bienes pertenece exclusivamente al Estado propiamente dicho o si además, pueden pertenecer a otras personas públicas.

C. Principales Bienes De Uso Público: Como ya se ha dicho, para que un bien pueda ser caracterizado como de uso público se debe tener claridad, que este debe pertenecer a una persona pública y que este destinado al interés de la colectividad.

Bienes de uso público, los cuales la legislación colombiana ha reconocido como de este tipo: Las calles, plazas, puentes y caminos (C.C art. 674), con la excepción de las carreteras y caminos construidos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen (C.C art. 676). Los ríos y todas las aguas que corren por los cauces naturales, exceptuando las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad (C.C art. 677). Los recursos naturales enumerados en el literal a) del artículo 3° del decreto 2811 de 1974 (código nacional de recursos renovables y de protección al medio ambiente). Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas (decreto-ley 2324 de 1984, art. 166).

D. Régimen Jurídico: Los bienes de uso público están indudablemente sometidos a un régimen de derecho público, pues ya sabemos que no existe

¹² Código Civil Colombiano, artículo 674.

ninguna rama jurídica completamente pura y autónoma. Es así como ese régimen presenta aspectos de derecho privado. Por ejemplo, en materia de modos de adquirir el dominio, las personas públicas con frecuencia adquieren bienes de uso público con modos muy especiales, como es el caso de la expropiación; sin embargo, también pueden adquirirlos por los modos que establece el código civil, como la compraventa.

Pero también se debe tener en cuenta que estos bienes tienen una reglamentación muy diferente a la de los particulares, cuando nos referimos al ámbito de su utilización. Por ejemplo los recursos naturales, pero si no existe reglamentación específica para alguna clase de bienes su régimen jurídico se caracteriza por estar fuera del comercio y ser, por tanto, inalienables, inembargables e imprescriptibles como expresamente lo dispone el art. 63 de la constitución política.

4.2.3. Los Bienes Fiscales:

A. Fundamento Legal: Es también el código civil que consagra estos bienes, pues en el artículo 674 manifiesta que *“los bienes de la unión cuyo uso no pertenecen generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales”*¹³.

B. Noción: según podemos comprobarlo con la norma transcrita, los bienes fiscales se definen por exclusión de los bienes de uso público. Es decir, que si como ya quedo dicho entonces los fiscales son aquellos que le pertenecen a personas públicas pero que cuyo uso no es general para los habitantes. Ósea, que son aquellos que no tienen el carácter de bienes de uso público. Estos bienes componen el ya nombrado dominio privado del Estado.

¹³ Código Civil Colombiano, artículo 674.

C. Principales Bienes Fiscales: El artículo 4° del código fiscal nacional (ley 110 de 1912), haciendo referencia a la constitución de 1886, enumera los principales bienes fiscales: Los que tienen ese carácter, es decir los que no son de uso público, tales como: fincas, bienes rentas, valores, derechos que pertenecen a la unión; los baldíos, minas y salinas que pertenecen y cuyo dominio recobra la nación, las minas de cobre, minas de carbón, azufre, hierro y petróleo y depósitos de guano descubiertos en terrenos baldíos.

D. Régimen Jurídico: Por ser un dominio parecido al de la propiedad privada, este se maneja por los reglamentos de derecho privado. Como ya se nombro que los bienes de uso público no se regían por un régimen unificado, de igual manera los bienes fiscales no lo tienen. Es así, como encontramos un código fiscal que establece algunas normas generales, su contenido ha venido siendo derogado progresivamente en virtud de reglamentaciones especiales para diferentes clases específicas de bienes fiscales.

En ese sentido encontramos: La ley 685 de 2001, código de minas - Normas de adquisición y disposición de bienes inmuebles, ley 9° de 1989 - Normas de la contraloría general de la república. - Decreto 111 de 1996, el estatuto orgánico para el manejo del tesoro nacional. –Decreto 200 de 1936, de terrenos baldíos.

De lo anterior, en Colombia la distinción entre bienes de uso público y bienes fiscales tiene una importancia más que todo conceptual y no en cuanto al régimen jurídico que se aplica a cada una de estas categorías, ya que desde el punto de vista de ese régimen la clasificación de los bienes que conforman el patrimonio público sería muy detallada, pues tendría que cada una de las clases de bienes tener su propio régimen.

4.3 CONCEPTO DE PATRIMONIO PÚBLICO

El estudio del patrimonio y, en consecuencia, de los bienes, corresponde básicamente al derecho civil. Sin embargo, como sucede con otros temas, la presencia del Estado como propietario de bienes hace que el análisis originalmente civilista presente particularidades importantes, las cuales es necesario estudiar desde el punto de vista del derecho administrativo. Con mayor razón si tenemos en cuenta que la época moderna se ha caracterizado por un progresivo enriquecimiento por parte de los Estados, no solo en aquellos estados socialistas que es donde cabe perfectamente la anterior afirmación, puesto que el Estado se convierte en el único propietario de bienes, sino también en el Estado liberal que de su actividad clásica pasó a una actividad netamente intervencionista, lo cual hace que pretenda cada día asumir un mayor número de responsabilidades, y para ello se necesita una mayor cantidades de recursos económicos. Aunque este progresivo enriquecimiento del Estado tiende a medirse en esta época en virtud del llamado neoliberalismo, que se ha pretendido aplicar en Colombia y en toda Latinoamérica, y que implica una política de privatización de las empresas y actividades del Estado, será necesario esperar algún tiempo para comprobar si se trata de una etapa histórica consolidada, o si, por el contrario, es apenas es un fenómeno coyuntural.

El concepto de patrimonio público, es un término de clara solidez civilista y su origen puede situarse en el del propio concepto de persona, en cuanto históricamente y para la doctrina clásica, aquel es una emanación de ésta.

La doctrina nos enseña que:

(...) “la sabiduría romana no desestimó del todo, el tema del patrimonio público, en efecto los textos consignan la expresión “rex publica”, con la cual alude al “interés público” que atañe al ciudadano en calidad de tal. Para cuya protección, el ordenamiento confería las acciones populares, de

las cuales el ciudadano derivaba una especie de participación en el producto de la condena correspondiente”.

(...) “El derecho clásico francés y el derecho colombiano inspirado en aquel, y sobre la interpretación del código civil de 1804, dieron lugar a la teoría del patrimonio privado como un atributo de la personalidad, que poco a poco ha venido adquiriendo nuevos contornos y aplicación en el derecho público, en cuanto el Estado no sólo es una persona jurídica con todas sus prerrogativas, sino también con todas sus obligaciones funcionales y patrimoniales”¹⁴.

Cuando analizamos la Constitución de 1991, observamos que el constituyente primario no trató el tema del modo directo, pero sí estimó dicho tema dentro de las funciones del Procurador General de la Nación, en el artículo 277 numeral 7 que reza:

“intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.”¹⁵

De igual manera en sentencia C-479 de 1995, haciendo referencia al numeral 7, descrito anteriormente, hace las siguientes anotaciones:

“(...) en primer lugar, la intervención no es facultativa, sino imperativa, es decir, por mandato de la Constitución. En segundo lugar, se refiere a su actuación como sujeto procesal. En tercer lugar la actuación no es por capricho del procurador, sino cuando sea necesaria, y dicha necesidad puede ser fijada por la voluntad general a través de la ley. Y por último,

¹⁴ Revista de derecho DEL PATRIMONIO PUBLICO, UNA APROXIMACION AL CONCEPTO Y A SU CONTENIDO. www.umng.edu.co

¹⁵ Constitución de 1991, artículo 277, numeral.7

interviene en defensa del orden jurídico, o del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.”¹⁶

Así mismo la carta alude al concepto de patrimonio cuando habla de patrimonio cultural, ecológico y arqueológico de la Nación, en el artículo 63, el cual reza:

“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales, de grupos étnicos, las tierras de resguardos, el patrimonio arqueológico de la Nación y demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”¹⁷

La ley 610 de 2000, define al patrimonio público como el conjunto de bienes recursos e intereses patrimoniales del Estado, con esta ley establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de la Contralorías.

Artículo 1°. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Ahora bien, el concepto de patrimonio público que ha dado la jurisprudencia asume como punto de partida la relativa claridad conceptual que tiene la noción de patrimonio en el diccionario de la real academia, en tal dirección, se dijo por el Consejo de Estado en un primer momento, que se trataba de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1995, 26 de Octubre de 1995. MP. Vladimiro Naranjo Meza

¹⁷ Constitución de 1991, artículo 63.

No obstante lo anterior, en un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se amplió este contenido involucrando bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población. En esta oportunidad se expresó esta sección de la siguiente forma:

“Aprovecha la Sala esta oportunidad para señalar que el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4º de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el ‘sujeto’ llamado —a un título distinto de propiedad—, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos.

Tal es el caso del territorio nacional —del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria—, respecto del cual en la doctrina del derecho internacional se ha admitido la titularidad de un ‘dominio eminente’ por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad (resaltado fuera del texto).

Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda

*consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o de sus diversas entidades*¹⁸.

En síntesis, este nuevo concepto de patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran en cabeza del Estado como su titular bienes de uso público, bienes fiscales y el conjunto de derechos y obligaciones que contraiga y aquellas que lo constituyen (es decir todo aquello que se entiende incluido en la definición de Estado como territorio).

Ahora bien, la consagración del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección, lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva. Cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad.

Al igual que la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público es uno de los derechos colectivos relacionados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998 cuya definición no ha sido plasmada en texto legal alguno. Tal situación ha impuesto la necesidad de precisar, por vía jurisprudencial, el alcance de dicho derecho.

Sobre el particular, el Consejo de Estado indicó (destaca la Sala):

“Cuando la Constitución Política concibió al patrimonio público como derecho o interés colectivo, fue más allá de la pretensión de desarrollos normativos como los apenas aludidos, pues atribuyó valor subjetivo (protegido constitucionalmente con la acción popular) a la expectativa

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. AP 2004-00413, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

ciudadana de un correcto y ajustado manejo de los bienes, derechos y obligaciones ‘de los que el Estado es propietario’. Esta **dimensión subjetiva** que alcanza el patrimonio público con el artículo 88 constitucional, se subraya, **no es individual sino colectiva** y por tanto cualquier miembro de la comunidad está legitimado para pedir a la jurisdicción contenciosa administrativa su protección. Sobre los alcances de la subjetividad de los derechos colectivos, pueden extenderse muchas de las consideraciones expuestas a propósito de la moralidad administrativa, que no se presentan aquí para evitar ser repetitivos y fortalecer los contenidos de este fallo que constituyen su ratio decidendi tal y como se evidenciará más adelante (...).

(...) Finalmente, vale la pena señalar que dada la especificidad de la dimensión subjetiva que alcanza el patrimonio público con ocasión de su consideración como derecho o interés colectivo, su estudio demanda un riguroso análisis probatorio en cada caso, del que se infiera un efectivo detrimento al patrimonio público con ocasión de una ‘acción u omisión’ de una entidad pública o cuando menos una seria y razonable amenaza del mismo. Esto implica un deber de diligencia inmenso del actor popular, toda vez que él soporta la carga de la prueba (...)” ⁽¹⁹⁾ .

En igual sentido, para la sala:

El concepto de patrimonio público, para los efectos del derecho colectivo cuyo amparo se solicita, no se agota en los bienes susceptibles de propiedad estatal, “pues existen eventos en que él mismo es el ‘sujeto’ llamado —a un título distinto de propiedad—, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos” ⁽²⁰⁾

¹⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de febrero de 2007, Expediente AP-0549, Sección Tercera.

²⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de febrero de 2007, Expediente AP-0413. Sección Tercera.

El derecho colectivo de la defensa del patrimonio público, busca asegurar no solo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado. En tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular.

5. ACCIONES POPULARES EN DEFENSA DE PATRIMONIO PUBLICO EN CONTRATOS ESTATALES

5.1 GENERALIDADES Y NECESIDAD DE ESTE MECANISMO

Quizás la controversia se pueda plantear a partir de un párrafo contenido en la Sentencia C-088-00, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472, en cuanto consagra la responsabilidad solidaria, entre la entidad contratante, el contratista y las demás personas que concurran al hecho, por los sobrecostos y otras irregularidades provenientes de la contratación.

La Corte, después de advertir que tal responsabilidad solo podría deducirse siempre que se hubiesen observado las reglas del debido proceso, dijo lo siguiente:

“No se trata, pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo.

Frente a tal afirmación, que pareciera excluir cualquier controversia fundada en un contrato estatal, de los linderos de la acción popular, la mayoría de las Secciones del Consejo de Estado han guardado silencio; otras, como la Tercera, han concluido que se trata de una afirmación no vinculante, puesto que no constituye la ratio decidendi de la sentencia.

El entendimiento del párrafo transcrito, sin embargo, pudiera ser otro; en efecto, lo que dejó plasmado la Corte Constitucional es, en primer lugar, que las acciones

populares están instituidas para proteger los derechos colectivos, frente a la actividad de las entidades públicas y que, dentro de este término están comprendidos los contratos estatales cuando de ellos provenga la vulneración o amenaza de uno de tales derechos; en segundo lugar, que tales acciones conservan su propia independencia y contenido frente a las acciones contractuales, razón por la cual unas y otras poseen su propia autonomía.²¹

La actividad contractual se relaciona directamente con el patrimonio público, que es el soporte principal para la ejecución de la inversión pública y todo lo que tiene que ver con dineros del Estado.

La actividad contractual es una modalidad de la actividad estatal, cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades colectivas e intereses públicos así como la obtención de los fines propios del Estado, esta actividad debe guiarse por los principios de igualdad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, que los artículos 209 y 123 de la Constitución Política prevén, como parámetros específicos de la función administrativa y que además, hacen parte del núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, teniendo en cuenta, que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, la cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos.

En igual sentido respecto a la corrupción y el menoscabo del patrimonio público, en publicación de la revista CAMBIO, Sección Nación, del 21 de enero de 2009, se

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-088

dejo entrever cuan preocupante y alarmante resulta ser la vulneración de este derecho colectivo, así:

"... "La corrupción es el mayor problema de orden público en Colombia", dijo el día de su elección el procurador general Alejandro Ordóñez. Y los hechos tienden a darle la razón. Los 65 municipios que hoy se encuentran cobijados por el régimen de intervención, previsto en la Ley 550, se acogieron a ella cuando el saqueo progresivo de sus fiscos y la presión de sus acreedores amenazaba con hacerlos inviables.

Según los más recientes informes de Transparencia Internacional, la corrupción es, junto a la violencia, el factor que más dificulta la realización de negocios para las empresas colombianas y, de acuerdo con los resultados de una encuesta realizada en 2007 por la misma organización en asocio con la Universidad Externado de Colombia, el 91% de los empresarios considera que hay colegas suyos que ofrecen sobornos, mientras tan solo el 11% afirma tener programas integrales y continuos e invierte recursos contra esa práctica.

La Fiscalía y los órganos de control tienen en curso 230.000 procesos penales, disciplinarios y fiscales contra servidores públicos sindicados de lucrarse indebidamente del manejo del erario. Los despilfarros en el manejo de las regalías que han hecho que el Estado central intervenga su manejo para frenar males mayores, el tráfico con subsidios y los cada vez más sofisticados esguinces al régimen de contratación pública deterioran cada día la moral pública"²².

La formación correcta o pedagogía a los ciudadanos, debería ser uno de los principales objetivos en la tarea de vincular al ciudadano del común en la defensa del patrimonio público. A buena hora, las acciones populares son procedentes para ejercer efectivamente esa defensa, sin embargo el ciudadano debe también

²² REVISTA CAMBIO, "La corrupción es el mayor problema de orden público en Colombia", Diez formas de robarse el país, FECHA DE PUBLICACION 21 de enero de 2009, cambio.com.co sección Nación.

conocer primero cómo actúan los corruptos, así lo dio a conocer en la misma publicación, con la asesoría del Zar *anticorrupción del Gobierno* Óscar Ortiz González y de su equipo de trabajo, donde se dieron a conocer las diez modalidades utilizadas actualmente por quienes pretenden robarse el país, así:

"1. El cartel de los embargos"

Entre las especies de depredadores del fisco sobresalen organizaciones conformadas por funcionarios de alcaldías y gobernaciones, abogados litigantes y jueces que conciertan maniobras para cobrarles a las entidades territoriales, previo embargo judicial, deudas infladas o inexistentes. Los miembros de este cartel manejan por lo general información anticipada sobre giros de regalías o recursos provenientes de las transferencias de la Nación y atacan inmediatamente después de que estos llegan a las tesorerías.

(...) En no pocas ocasiones, los funcionarios judiciales ordenan pagos con base en documentos falsificados. Así ocurrió recientemente en el municipio de Pizarro, donde uno de esos abogados y el alcalde "conciliaron" en 1.500 millones una supuesta obligación por 2.000 millones y declararon públicamente que hicieron un esfuerzo por conseguir la "rebaja" de los 500 millones en consideración a la crisis fiscal de la población.

2. "Se le tiene"

Las asociaciones de municipios terminaron convirtiendo al Estatuto de la Contratación en un rey de Burlas. A través de acuerdos instantáneos llamados "convenios administrativos" celebrados con ellas, algunos alcaldes eluden la obligación de convocar licitaciones y contratan miles de millones de pesos con asociaciones omnipotentes que construyen desde acueductos y escuelas hasta vías, baterías sanitarias, comedores; suministran bienes y servicios, elaboran planes de desarrollo y ofrecen cualquier cosa, como en

un mercado persa, bajo la consigna del "se le tiene". (...) La Contraloría General encontró que la Gobernación de Córdoba suscribió un convenio con la Asociación de Municipios del San Jorge por 227 millones 755 mil 943 pesos para hacer tendidos de redes eléctricas en las veredas El Teba y Los Zambos, que no existen en ninguno de los municipios. Los recursos fueron desviados hacia la electrificación de fincas privadas.

3. Mercado de subsidios

Personas de estratos 4 y 5 que terminan cobijadas por los servicios del Sisbén; políticos que en campaña ofrecen a sus electores subsidios a los cuales tendrían derecho en cualquier tiempo y sin necesidad de palancas; funcionarios encargados de entregar los subsidios que cobran por el trámite o trafican con la información de bases de datos para incluir allí a amigos, recomendados o personas que en realidad no requieren de esos beneficios estatales.

Este tipo de conductas han convertido los subsidios en mercancía de un mercado movido por el tráfico de intereses. Son comunes los casos de constructores particulares que manejan los recursos de subsidios para vivienda y se limitan a usarlos parcialmente para hacer simples mejoras de viviendas en sitio propio. El resto del dinero se va a sus bolsillos. (...).

4. "Miguelito también come"

Es la versión moderna del CVY o "¿Cómo voy yo?". Consiste en que quienes tienen la facultad de nombrar personas en cargos, o adjudicar contratos, cobran a aquellos a quienes nombran, o les asignan un contrato por un porcentaje del salario o del valor del negocio. También se da el caso en que nombran personas en cargos en los que existe la posibilidad de cobrar coimas por agilizar trámites. (...).

5. Licitaciones 'expres'

En casos de licitaciones públicas, gobernadores, alcaldes, directores de institutos u otros funcionarios ordenadores del gasto, establecen, de común acuerdo con contratistas privados, términos muy breves para el diseño, preparación, elaboración y presentación de las propuestas que serán consideradas. Así, por ejemplo, en cuestión de una semana abren el proceso, fijan fecha para la presentación de las propuestas y establecen para un mismo día la visita obligatoria al sitio donde será ejecutada la obra, la audiencia aclaratoria y el plazo para formular observaciones al proceso. De esa manera, solo quien tiene amarrado de antemano el negocio con la administración está en capacidad de cumplir, mientras que los demás quedan por fuera por razones de tiempo y distancia.

Los efectos de esta forma de saqueo al erario son permanentes, pero aumentan particularmente en épocas de elecciones, cuando los contratos con la Administración se convierten en fuente de financiación de candidatos afectos al establecimiento.

6. Cementerios de mamuts

En pleno corazón de la zona ganadera, en Yopal (Casanare) se construyó un matadero de gallinas con capacidad para sacrificar 18.000 aves por día. Lo malo es que el promedio de consumo en la ciudad no supera las 2.000. Su estrambótica infraestructura se ha convertido en el espejo de un despilfarro. No lejos de allí se encuentra el Museo del Hombre Llanero, una obra que costó más de 1.000 millones y que solo tiene de atractivo el nombre, pues su entorno está convertido en una letrina.

(...) Bogotá no escapa al fenómeno y es una de las pocas ciudades que se dio el lujo de destinar cerca de 20.000 millones de pesos para la construcción de tres colegios en zonas populares, cuya construcción ha sido severamente cuestionada, por distintas razones: su edificación fue

proyectada en terrenos deleznales, las licencias de construcción fueron tramitadas extemporáneamente o, en medio de una feria de desviación de recursos, los dineros disponibles para las obras se agotaron antes de lo previsto. Todo esto terminó por afectar los intereses de los habitantes de zonas deprimidas de las localidades Rafael Uribe, Usme y Suba donde escasean los cupos educativos.

7. El carrusel

Esta modalidad de 'tumbe' al Estado se da de dos maneras. La primera consiste en el establecimiento de un grupo cerrado de contratistas que se distribuyen los negocios con la Administración en forma rotativa y "equitativa", y para eso llegan al extremo de negociar de antemano todo el proceso: desde los términos de referencia ante la adjudicación. La segunda se refleja en la costumbre arraigada de algunas administraciones de hacer adjudicaciones directas en forma rotativa para que todos los contratistas usufructúen los recursos públicos.

8. 'Pitufeo' de contratos

Consiste en la firma, durante cortos períodos, de varios contratos de pequeños montos con objetos similares que hubieran podido conformar un solo contrato. Es una fórmula clásica para evadir la selección objetiva y favorecer a uno o varios contratistas. Como la exigencia de realización de licitaciones públicas depende del valor del contrato que se va a celebrar, ese requisito es directamente proporcional a la cuantía.

Mediante esta modalidad, varios contratos son firmados el mismo día y con la misma persona, para dictar la misma capacitación, pero en diferentes barrios de la misma ciudad. También son suscritos varios contratos en las mismas fechas y con distintas personas para señalar distintas calles. La práctica hizo carrera en Cali durante la administración del alcalde Apolinar

Salcedo. Por la misma razón se encuentran casos como el de Ciénaga (Magdalena), donde cada una de las cuatro paredes de su sede administrativa fue construida por un contratista distinto. Hoy amenaza ruina.

9. Proponentes suicidas

El mecanismo parece simple. Para la ejecución de contrato de obra civil, la Administración lo adjudica a un proponente que presenta en su oferta el cemento con precios que en el mercado son considerados excesivamente bajos. Pero no es que el proveedor ponga en riesgo su empresa. Lo que ocurre es que quiere asegurarse la adjudicación, pues ya habrá oportunidad de ajustar las cargas.

Durante la ejecución del contrato, el contratista demuestra sin dificultad que está trabajando a pérdida y aduce que está roto el equilibrio económico. Responsabiliza de eso a la inflación y a las alzas en los precios del cemento. La Administración restablece el equilibrio perdido y ajusta los valores de manera que muy pronto los precios terminarán excediendo por mucho el valor de la que inicialmente era la propuesta más costosa.

10. Zancadilla y otras plagas

Esta nueva modalidad consiste en que dos particulares se ponen de acuerdo para sacar a un tercero de la competencia por una licitación, usando medios fraudulentos. Los interesados no tienen escrúpulos a la hora de generarle artificialmente inhabilidades a sus competidores. El ejemplo más reciente ocurrió con la licitación para la contratación de sistemas de seguridad para cárceles, abierta por el Ministerio del Interior y de Justicia.

Hoy se convive con otras que aún sobreviven. La más recurrente es la de los sobrecostos y se presenta cuando la Administración paga un valor superior al del mercado por los bienes o servicios. Le reconoce al metro

cuadrado un valor muy superior al comercial y no tiene problema en sustentarlo en avalúos amañados o compraventas simuladas, como ocurrió con el lote adquirido por la Secretaría de Educación de Bogotá para construir el colegio El Mochuelo.”²³

El panorama descrito anteriormente, nos pone de presente de cómo el patrimonio público es vulnerable ante las actuaciones de la administración, específicamente en el manejo inadecuado de dineros públicos en contratos estatales.

Ahora bien, en Colombia, en especial a partir del cambio constitucional de 1991, las Contralorías están llamadas a fiscalizar la calidad del gasto público y en cuanto cumplan esta función pueden, también, jugar una papel importante en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, la responsabilidad fiscal, tal como se encuentra organizada institucionalmente, no contribuye al buen manejo de los bienes y fondos públicos y tampoco es un instrumento adecuado de lucha contra la corrupción. Por el contrario, bien miradas las cosas, la asignación de esta función a las contralorías es un factor que evita hacer efectiva de responsabilidad patrimonial de los encargados del manejo de recursos públicos.

La situación actual nos lleva a plantear la necesidad de modificar las funciones básicas del control fiscal, asignando la competencia de fijar responsabilidades fiscales al poder judicial y estableciendo un sistema coherente y simple de acciones judiciales y de legitimación para su ejercicio, orientado a la protección y reparación del patrimonio público. Una reforma de este tipo tendría efectos positivos no solo en lo relativo la efectividad en la fijación de responsabilidades fiscales, sino, además, en el desempeño de las propias contralorías y en la protección del derecho de defensa de las personas vinculadas a estos procesos.

²³ Ibídem.

No obstante, a buena hora, El Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, tratándose de la protección de derechos colectivos, como el del patrimonio público, dio el visto bueno de la procedencia de la acción popular para discutir la legalidad de contratos estatales; pese a que no ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial y doctrinario, actualmente no existe divergencia de criterios, pues corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato.

5.2 JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO VIABILIDAD DE ENJUICIAR CONTRATOS ESTATALES A TRAVÉS DE LA ACCIÓN POPULAR

El desarrollo jurisprudencial y doctrinario respecto a la posibilidad de enjuiciamiento de los contratos estatales a través de la acción popular, no ha sido un tema pacífico dentro de la teoría jurídica colombiana, sobre todo, en el punto a determinar y precisar los alcances de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de sus atribuciones, y en particular, si la defensa de los derechos o intereses colectivos le permiten adoptar decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la administración.

La anterior, se debe tener en cuenta debido a la disparidad interpretativa de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre los alcances de las facultades del juez popular. Así, frente a la revisión de legalidad de los actos y contratos de la administración, a nivel jurisprudencial y doctrinal se han experimentado dos importantes líneas jurisprudenciales:

A. Una Línea Jurisprudencial Restrictiva, la cual si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular,

exceptúa de su conocimiento el control de legalidad del contrato, por tratarse de una controversia propia de la acción contractual. Tesis propia de la sección primera del Consejo de Estado.

B. Una Línea Jurisprudencial Amplia o Garantista, la cual ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho o interés colectivo, de modo que en esa eventualidad se puedan tomar decisiones reparatorias, inclusive la nulidad de los contratos siempre y cuando se cumplan con la verificación de unas reglas que la misma jurisprudencia contenciosa administrativa a construido. Tesis que desde el inicio la sección tercera del Consejo de Estado acogió, pero que además dicha tesis también fue asumida por la sección primera, cuarta y quinta.

Ahora bien, para efectos de realizar una introducción respecto a las dos Líneas jurisprudenciales anteriormente descritas al interior del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Colombia. A continuación me permito esquematizar la dinámica de los precedentes de la Sección Primera y Tercera del Consejo de Estado, siguiendo los lineamientos y técnicas gráficas que nos explica Diego Eduardo López Medina en su obra “El Derecho de los Jueces”, así:

Tabla 1. Línea Jurisprudencial

CONSEJO DE ESTADO “Sala Contencioso Administrativa”		
TESIS RESTRICTIVA	PROBLEMA JURIDICO: ES POSIBLE CUESTIONAR LA LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES A TRAVÉS DE LAS ACCIONES	TESIS AMPLIA O GARANTISTA

	POPULARES	
RESPUESTA X		RESPUESTA Y
SECCION SEGUNDA	SECCION PRIMERA SECCION CUARTA SECCION QUINTA Estas secciones, comparten una tesis amplia y garantista, pero toman conceptos y referencias jurisprudenciales de la sección tercera.	SECCIÓN TERCERA Un estudio a los precedentes Jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado, nos permiten colegir que esta sección desde un comienzo admitió la procedencia de la acción popular frente a los contratos estatales, al encontrar determinado que no se trata de un instrumento procesal subsidiario. Aunque en un comienzo pareció negarlo desde el punto de vista conceptual, posteriormente reconoció su procedencia.
(Sent. AP-025 del 23 de marzo de 2000) C.P: Carlos Arturo Orjuela. (Sent. AP-156 del 25 de enero de 2.001) C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza. (Sent. AP-068 del 5 de julio de 2001) C.P. Nicolás Pájaro		(Sent. AP 170 del 16 de febrero de 2.001) C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. (Sent. AP 166 del 17 de junio de 2.001) C.P. Alier E. Hernández Enríquez. (Sent. AP 1136 del 23 de agosto de 2.001) (Sent. AP 057 del 6 de septiembre de 2.001) C.P. Jesús M. Carrillo

Peñaranda. (Sent. AP-897 del 4 de abril 2002).	(Sentencia AP 03516 de 27 de mayo de 2010). Sección Primera. CP. Marco Antonio Velilla.	(Sent. AP285 del 21 de marzo de 2.002) C.P. Jesús M. Carrillo (Sent. AP537 del 26 de septiembre de 2.002) C.P. María E. Giraldo. (Sent. AP518 del 31 de octubre de 2.002) C.P. Ricardo Hoyos. (Sent. AP118 del 5 de agosto de 2.004) C.P. María E. Giraldo. (Sent. AP1577 del 14 de abril de 2.005) C.P.: German Rodríguez. (Sent. AP1588 del 5 de octubre de 2.005) C.P. Ramiro Saavedra. (Sent. AP00549 de febrero 21 de 2.007) C.P. Alier E. Hernández. (Sent. AP007260 de febrero 22 de 2.007) C.P. Alier E. Hernández. (Sent. AP 1402 de 5 marzo de 2.008) C.P. Myriam Guerrero de Escobar. (Sent. AP 739 – 01 (ij) de marzo 24 de 2009) C.P. Mauricio Torres Cuervo. (Sentencia AP 540 de 8 de Junio de 2011 CP. Enrique Gil Botero.)
---	---	---

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

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

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

Esta postura restrictiva es la asumida por un sector de la doctrina, encabezado por el tratadista Javier Tamayo Jaramillo²⁴ quien señala:

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

En nuestro concepto, la acción popular no es procedentes semejantes circunstancias y solo acudiendo a las vías especiales consagradas expresamente en la ley, será posible destruir el acto o contrato. Por lo menos, así se desprende del texto de la Ley 472. Ya anulado o desaparecido el acto o contrato, sería procedente la acción popular”²⁵.

²⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. cit. p. 111 y 112.

²⁵ Ibídem.

Cuando se produce hoy un litigio derivado de un contrato estatal que deba definirlo el juez competente, no se puede olvidar: a) Que la ley preexistente a dicho conflicto es la Ley 80 de 1993 y los principios generales de la contratación regulados en los códigos civil y comercial; b) Que el juez competente para dirimirlo es el administrativo (Tribunal Administrativo y Consejo de Estado), tal como se desprende de los Arts. 132 No. 5 y 129 del C.C.A., en armonía con el Art. 75 de la citada Ley 80; c) Que ante la jurisdicción el proceso deberá tramitarse forzosamente por la vía ordinaria, si se quiere llenar la plenitud de las formas propias del juicio, tal como expresamente lo indica el Art. 206 del C.C.A.; d) Que las acciones contractuales están, sin excepción, sometidas a la regla de la caducidad, tal como lo precisa el Art. 136 No. 10 del C.C.A.; fenómeno que una vez producido extingue definitivamente la acción y tanto el acto como el contrato se vuelven irrevisables jurisdiccionalmente; y e) Que estas acciones se deben instaurar, sin excepción también, por personas legitimadas, ya que a partir de la Ley 446 de 1998, ninguna de estas acciones, ni siquiera la de nulidad absoluta del contrato, tiene el carácter de pública o popular (Arts. 87 del C.C.A.; 45 y 46 de la Ley 80 y 32 de la citada Ley 446)”²⁶.

En igual forma, fue el criterio adoptado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en resumen en sus diferentes sentencias manifestaron:

- Sentencia AP- 025 del 23 de marzo de 2000, CP. CARLOS ARTURO ORJUELA

“En este punto la Sala comparte el argumento esgrimido por el a-quo²⁷, en el sentido de que el legislador al instituir y reglamentar las acciones populares en

²⁶ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. “Las Acciones Populares y el Contencioso de los Contratos” Bogotá: Conferencia dictada en octubre de 2.004

²⁷ Providencia del 17 de febrero de 2.000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (...) “En conclusión, es claro que la acción constitucional consagrada en el artículo 88 de la C.N y

ningún momento pretendió desconocer las competencias de los distintos órganos del Estado.

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

Cosa distinta sucede con la responsabilidad de los funcionarios que celebraron el contrato, pues en tales casos es menester iniciar la acción fiscal y la disciplinaria, con las consecuencias a que haya lugar según el caso”.

- En el mismo sentido, las sentencias AP- 068 del 5 de julio de 2001, CP. Nicolás Pájaro Peñaranda, y AP- 156 del 25 de enero de 2001, CP. GABRIEL EDUARDO MENDOZA, sostuvieron lo siguiente:

*“El concepto de moralidad administrativa es demasiado amplio y, por consiguiente, se encuentra involucrado en cualquier contrato celebrado por la administración. **Pero ello no puede servir de base para que, en el supuesto de haberse cometido irregularidades en su celebración y ejecución, sea la acción popular la adecuada para que se declare la ilegalidad o la caducidad del negocio, en reemplazo de las vías pertinentes señaladas por el ordenamiento jurídico.***

- En sentencia de 4 de abril de 2002 del Consejo de Estado, AP- 897, reiteró su tesis:

“Si algo tiene claro esta Sala, es que la acción popular no fue instituida para consagrar duplicidad de procesos judiciales frente a hechos, causas y

reglamentada por la Ley 472 de 1.998, no se ideó como un mecanismo paralelo a los de control administrativo, ni a otras acciones judiciales; pretender lo contrario sería desarticular la estructura funcional del Estado, inspirada en la colaboración armónica de las ramas del poder público, que tienen funciones determinadas y precisas en la Constitución y la Ley.”

pretensiones que con antelación estaban previstos en las normas y que tienen un procedimiento especial consagrado, es decir, no puede el juez de la demanda popular, declarar la ilegalidad o la caducidad de un contrato administrativo por el mero hecho de que el demandante diga y aporte algunas pruebas, sobre las posibles irregularidades que bien pudieron envolver su celebración y ejecución, en aras de la protección de derechos colectivos...”

No obstante, y pese a existir abundante jurisprudencia y uniformidad en la Sección Tercera del Consejo de Estado, existen algunas posiciones internas que aún no aceptan la potestad nulatoria del juez popular frente a los contratos estatales. Así, por ejemplo, pueden citarse dentro de la tendencia restrictiva, los argumentos expuestos por la consejera Ruth Stella Correa Palacio, en sentencia AP-01588, del día 5 de octubre de 2.005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; quien extrapolando las tesis de la imposibilidad de nulidad de los actos administrativos por ella misma sostenida en anteriores precedentes judiciales, esgrimió las siguientes conclusiones:

“i) El artículo 34 de la Ley 472 al definir el contenido de la sentencia popular señala inequívocamente una regla de competencia para el fallador que sólo puede revestir tres (3) modalidades: a) Una orden de hacer o no hacer, b) La condena al pago de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y c) Exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere posible; ii) Los fines, móviles o motivos de la acción son 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. iii) El hecho de que coincida en el juez popular su condición de juez administrativo, no conduce a afirmar que está 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 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”.*²⁸

²⁸ Consejo de Estado. salvamento de voto de Ruth Stella Correa Palacio a la Sentencia proferida por Sección Tercera, el día 5 de octubre de 2.005, Rad. No.: AP-01588, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Los anteriores supuestos, constituyen los principales elementos argumentativos de la Tesis Restrictiva o Desfavorable, en lo que se refiere a la nulidad de los contratos estatales en sede popular.

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

Criterio respaldado por varios comentaristas, que sostienen que:

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

La posibilidad de suspensión de la ejecución de un acto administrativo o de un contrato mediante la herramienta de la acción popular, a nuestro juicio deviene porque el juez no está facultado para negar esta acción aduciendo que existe otro

*medio de defensa judicial, basta únicamente que advierta la violación del derecho colectivo para que proceda a decidir de fondo el asunto*²⁹.

Desde una similar óptica se ha considerado que:

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

(...)

*Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del Art. 44 de la Ley 80 de 1.993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular. La Ley 472 de 1.998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular.”*³⁰

Ahora bien, si bien es cierto que tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera, ésta ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo, no obstante que aún queda una reticencia de la

²⁹ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. “La acción popular, aspectos sustanciales y procesales”, En: CONSEJO DE ESTADO - Memorias Octavo encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá: 2.001, p. 161 y 162.

³⁰ HOYOS DUQUE, Ricardo. “La Acción Popular frente al Contrato Estatal”, En: XIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Santiago de Cali - Septiembre de 2003.

tesis restrictiva que es importante como punto de controversia a la evolución jurisprudencial, vr.gr, de ello la sentencia AP- 3516 del 27 de mayo de 2010, CP. MARCO ANTONIO VELILLA, sección primera, en contra de LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, la cual en uno de sus apartes sin entrar a discutir a fondo, mencionó:

“Juez popular no debe definir asuntos relacionados con el cumplimiento de actos o negocios jurídicos... advierte la Sala que por la naturaleza de la acción popular, como es obvio, el juez popular no debe definir asuntos relacionados con el cumplimiento de actos o negocios jurídicos. En consecuencia, cualquier situación que haga referencia a dichos actos (Actos de elección) o negocios jurídicos (contratos estatales) escapen de la órbita de la acción popular, pues es necesario evitar que de forma soslayada, se impute la vulneración a los derechos colectivos. Si bien es cierto que la acción popular no es un mecanismo subsidiario, no puede pretenderse que por medio de ella se eviten o suplanten las acciones que el sistema jurídico prevea pertinentes, pues las mismas han sido desarrolladas e implementadas, de acuerdo a la naturaleza jurídica del objeto de la controversia que se estudia.”

Actualmente, un sector de la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado el control de la validez de los contratos estatales, la admisión en la que el actor popular solicite la nulidad absoluta del contrato estatal o de que el juez la declare de oficio, la suspensión de procesos precontractuales para que se cumplan determinados requisitos que el juez entiende necesarios para la tutela adecuada de los derechos colectivos, la suspensión temporal de los efectos de un contrato mientras el juez de la acción ordinaria contractual se pronuncia sobre su validez, la suspensión de obras que son fruto de un contrato por encontrarlas contrarias a dichos derechos, etc. En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudieran amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular.

- Sentencia AP- 170 de 16 de febrero de 2001, CP. Alier Eduardo Hernández, en la cual confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección B, el 10 de noviembre de 2000, manifestó:

(...) En el caso que se estudia, la Sala encuentra procedente la acción popular, pues, si bien los cargos de la demanda parecen reducirse a cuestiones de legalidad de tres contratos de concesión, las reglas que resultan aplicables son concreción del principio de moralidad administrativa.

(...)

La Sala encuentra necesario el análisis de los cargos presentados por el actor en aras a la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la protección del patrimonio público, el cual, evidentemente está protegido en el mencionado acuerdo.

- En la sentencia AP 166 del 17 de junio de 2001, CP. Alier Eduardo Hernández que sin analizar la legalidad del contrato, llegó a la conclusión de que la construcción de un estadio de fútbol vulneraba los derechos a la moralidad administrativa y a la seguridad pública y ordenó suspenderla.

En este evento, la amenaza de los derechos colectivos surgía de la ejecución de una obra, aunque no de la existencia misma del contrato, cuya validez, por consiguiente, no fue objeto de pronunciamiento. Puede, sin embargo, ocurrir esto último, por ejemplo, si resulta evidente que, con la celebración del contrato o con alguna o algunas de sus cláusulas se pretendió favorecer indebidamente al contratista o a terceros, en desmedro del patrimonio estatal, configurándose, de paso, la causal de nulidad absoluta descrita en el numeral 3º del artículo 44 de la ley 80 de 1993, como la desviación de poder.

Al respecto la sala, manifestó lo siguiente:

“Si se admite la posibilidad de que la sola existencia, es decir, la celebración de un contrato estatal es suficiente para poner en peligro o para vulnerar un derecho colectivo, habrá que concluir que, cuando la ley se refiere a las “acciones” de las autoridades públicas, está incluyendo en tal concepto la celebración de los contratos que, en fin de fines, son una expresión más de la función administrativa del Estado, todo lo cual conduce, a su vez, a pensar que el juez administrativo – en tanto juez de la acción popular - puede y debe examinar la validez del contrato estatal, de oficio o a petición del demandante, circunstancia que abre dos hipótesis de análisis, cada una con problemas propios”.

- En sentencia AP- 1136 del 23 de agosto de 2001, examinó la legalidad de los actos preparatorios de un contrato, pues

“... el núcleo para determinar la procedencia de la acción popular es la violación o amenaza de un derecho o interés de naturaleza colectiva, cuya fuente bien puede estar contenida, entre otras hipótesis, en un acto administrativo ilegal...”.

- Sentencia AP-057 de 6 de abril de 2001, CP. Jorge Piedrahita Aduen, la cual Revocó el fallo impugnado del Tribunal Administrativo de Bolívar, y en su lugar se concedió el amparo a los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y a la Protección y Defensa del Patrimonio Público.

(...) “Por esto, la acción popular no puede entrar a discutir la validez de un contrato, más si puede discutir el manejo de los recursos públicos, la moralidad administrativa y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público”.

- En sentencia AP- 285 del 21 de marzo de 2002, C.P. Jesús M. Carrillo, se aceptó, de manera expresa, que el juez de la acción popular tiene competencia para declarar la nulidad de un contrato; dijo en esa oportunidad:

*“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**”.*

- La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia AP- 537 de 26 de septiembre de 2002, dictada dentro del expediente 2002 – 0800, C.P. María Elena Giraldo Gómez, concluyó que la acción popular sólo sería procedente contra contratos estatales, cuando aún no se haya iniciado la acción ordinaria de controversias contractuales con objeto idéntico. La cual reza así:

“La anterior situación hace manifiesto que la demanda de acciones populares fue promovida porque la actora se enteró de la existencia de otras, en las cuales se discuten la legalidad del acta de reajustes, como convenio jurídico que es y en la otra demanda que se pretende la ejecución del saldo parcial insoluto, a cargo - según se afirma - del indicado municipio. Esas circunstancias evidencian, para el juez de la acción popular, que no puede entrar al análisis de si existe o no vulneración del derecho a la moralidad pública, porque tal análisis previamente ha sido asumido en juicio ordinario contractual; y que si la demandante estaba interesada en discutir lo mismo, debe coadyuvar esa demanda ordinaria contractual. Pero no se puede aceptar, que los administrados investiguen en los tribunales qué acciones ordinarias se han promovido con el objeto de la protección de derechos colectivos, y con base en los mismos hechos promuevan acciones populares en búsqueda del reconocimiento de un incentivo.

Por lo tanto, ante situación como la descrita LA JUSTICIA debe tomar los principios que la informan para concluir que por el objeto que busca la acción ordinaria contractual al haberse demandado antes, de este juicio de acción popular, el ACTA DE REAJUSTE, como convenio jurídico, y obtener del contratista la devolución de las sumas pagadas con cargo a un crédito parcialmente satisfecho y lograr la orden judicial de liberar al municipio de pagar el saldo, porque se quebrantó el artículo 209 constitucional sobre moralidad pública se hace

ostensible que la acción popular intentada es indebida, precisamente porque existe otro proceso que tiene idéntico objeto, hecho que era conocido por la demandante. Y si el demandante popular no conociera o no manifestara conocer situación similar pero el juzgador averigua y encuentra que existe otro juicio que busca la protección de derechos o intereses colectivos, directa o indirectamente, tiene que manifestar el agotamiento de jurisdicción, que significa que el juez popular no puede decidir asunto que otro juez tiene a su conocimiento, porque en tal caso el procedimiento diferenciado en el trámite, del juicio ordinario y del juicio popular, no permitiría la acumulación de procesos, como si podría ocurrir cuando los juicios se promueven en ejercicio de idéntica acción.

Por lo ya explicado y siendo para este caso improcedente la acción popular respecto a las pretensiones principales y consecuenciales que se inician en el ataque del ACTA DE REAJUSTE, se declarará la improcedencia de la acción en ese aspecto."

- Posteriormente, la misma Sección Tercera del H Consejo de Estado, en sentencia AP- 518 de 31 de octubre de 2002, C.P. Ricardo Hoyos, relacionada con la petición de nulidad de un contrato de comercialización de licores, la Sala extrajo varias conclusiones que interesan al tema, resumidos así:

En primer lugar, que la celebración de contratos estatales puede afectar los derechos colectivos; estos son sus términos:

"Esto significa que 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 (L. 80/1993, art. 44 or. 3) 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".

En segundo término, que mediante la acción popular puede el juez revisar la legalidad del contrato; las siguientes son las palabras de la Sala:

“La Ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando este pone en peligro o viola algún derecho colectivo”.

En tercer lugar, que, por virtud de la acción popular, cualquier persona está legitimada para pedir la nulidad absoluta del contrato; este es el texto del fallo:

“Sin embargo, a pesar de que la acción de nulidad absoluta de los contratos solo 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 Código Contencioso Administrativo.

Mostrando su preocupación por evitar fallos contradictorios, cuando otros jueces hubiesen avocado el conocimiento, a través de las acciones ordinarias, del tema atinente a la legalidad del contrato, dijo:

“Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo (...), se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso”³¹.

La sentencia mencionada, constituye uno de los aportes o criterios más acogidos para el desarrollo de las diferentes sentencias que se produjeron en adelante,

³¹ En ese sentido se encuentra también la sentencia de 26 de septiembre de 2002 (AP 537). Consejo de Estado. Sección Primera. MP. María Eugenia Giraldo.

máxime que la cita jurisprudencial que invocan, recaen sobre los análisis que esta adujo en su momento.

- En Sentencia AP 118 del 5 de Agosto de 2004, C.P: MARIA ELENA GIRALDO, reiteró, en esa oportunidad la sala sostuvo:

“Independientemente de la naturaleza cualificada de las conductas demandables, la ley 472 de 1998 dispuso que las acciones populares tienen cabida frente a toda conducta de acción u omisión de las autoridades públicas, entre otros (sin excluir las de acción o de omisión contractuales), siempre y cuando con relación a ellas se pretenda evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre derechos colectivos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (arts. 2 y 9). La Sección Tercera del Consejo de Estado, en anteriores oportunidades, ha considerado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, que la actividad contractual del Estado “en tanto modalidad de gestión pública” ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que con los contratos también pueden amenazarse o vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos. Y también ha concluido que las acciones populares no pueden tener idéntico objeto procesal al de las acciones de controversias contractuales, precisión que no significa que las conductas de acción o de omisión en la actividad contractual no puedan ser la causa jurídica de amenaza o quebranto de los derechos e intereses colectivos; porque es bien distinto el objeto procesal de las acciones de controversias contractuales que siempre persiguen y de alguna forma la satisfacción de derechos e intereses subjetivos”

- En Sentencia AP 1577, del 14 de abril del 2005, CP. Germán Rodríguez, en relación sobre costos e irregularidades de contratos estatales, reiteró:

“En relación con la procedencia del examen de contratos a través de la acción popular, la Ley 472 de 1998 no contempla expresamente dicha posibilidad, no

obstante y conforme al artículo 40 de dicha ley, esta Sala ha sostenido que es procedente su revisión en casos en los cuales con la celebración de éstos se desconozcan los fines que deben inspirarla, además que resulten comprometidos derechos colectivos como la moralidad administrativa y el patrimonio público, derechos estos protegidos a través de la acción popular”

- De igual manera, siendo una de las sentencias más evocadas de la línea jurisprudencial, la Sentencia AP 1588, del 5 de octubre de 2005, CP. Ramiro Saavedra, deja entrever firmemente su postura respecto de la procedencia de las acciones populares en contratos estatales, así:

“... a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, “hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso”. Y así lo ha señalado la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, de modo que de la función administrativa contractual se predicen los principios constitucionales de moralidad, eficacia y economía previstos en el artículo 209 Superior. En consonancia con este mandato fundamental, el artículo 3 de la ley 80 de 1993 establece que con la celebración de los contratos los funcionarios deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, en tanto la actividad contractual es una “forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales”, además de “cumplir una función social, la cual implica obligaciones”. Resulta claro que el desconocimiento de estos principios constitucionales y legales que deben orientar la contratación estatal, puede comprometer derechos e intereses de contenido colectivos. El inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista por sobre costos e irregularidades

cometidas en la contratación. De la lectura de esta norma, se infiere que para el legislador era claro que es posible vulnerar los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa con la celebración de contratos estatales en los dos eventos allí consignados (sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación). Corresponderá al juez, en cada caso en concreto, definir si se configura o no esa trasgresión.

De igual manera, respecto de la legitimación para demandar, la sala manifestó:

“El art. 87 del C. C. A. estatuye que sólo están legitimados para demandar la nulidad absoluta del contrato, las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo en el mismo, y así mismo podrá ser declarada de oficio por el juez cuando esté plenamente demostrada y siempre que en el proceso intervengan las partes o sus causahabientes. Y si bien el artículo 45 de la ley 80 de 1993 le había dado el carácter de popular a la acción de nulidad absoluta de los contratos, ya que extendió la legitimación a “cualquier persona”, además de las partes, el Ministerio Público o la oficiosidad del juez, se debe aplicar al art. 32 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del artículo 87 del C. C. A., por ser de carácter posterior en el tiempo y especial en materia de procedimiento. Cuando mediante una acción popular se busca atacar un contrato estatal, estará legitimada cualquier persona (art. 12 ley 472), siempre y cuando con su instauración se pretenda proteger los derechos e intereses colectivos y, en este último evento, se encuentre plenamente demostrada dicha amenaza o vulneración al interior del proceso y hayan concurrido a él las partes contratantes, para garantizar así el derecho de defensa. Esa titularidad de la acción popular en toda persona está plenamente justificada, ya que esta última no pretende sustituir las acciones ordinarias, sino la defensa de un derecho o interés colectivo, como ya se expuso, dentro del marco de un conflicto en interés general”

- En Sentencia AP 0549 del 21 de febrero de 2007, CP. Alier E. Hernández, respecto de la nulidad de contrato estatal por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, manifestó:

-

“La nulidad de actos y contratos debe, como se dijo, constituir la última ratio de las determinaciones del juez de la acción popular para “hacer cesar la vulneración o agravio” o “restituir las cosas a su estado anterior”. 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. Las legislaciones civil en general y administrativa en particular, son claras en permitir al juez declarar la nulidad absoluta de actos y contratos de manera oficiosa, siempre que se incurra en alguna de las causales taxativamente señaladas por el ordenamiento jurídico y que las partes interesadas hayan participado del respectivo proceso judicial. En el caso objeto de análisis se profirió como se advirtió una decisión (acto) abiertamente contraria al derecho cuandoquiera que se escogió como contratista a un sujeto que no se podía escoger; esta ilegalidad trae como consecuencia la posibilidad del juez de anular dicho acto. Por su parte, resulta también pertinente la anulación del contrato, por cuanto este se celebró con base en esta primera decisión y tal como lo prevé la ley, esta situación da lugar a la nulidad absoluta del mismo. Se recuerda así mismo, que las partes contratantes participaron activamente en el proceso judicial que con esta sentencia se termina. La sala plena de esta Corporación, así como esta sección han señalado que la anulación de un contrato, no necesariamente debe hacerse en el marco de un proceso promovido por una acción contractual y que por el contrario tal decisión judicial puede tomarse en cualquier tipo de proceso. Finalmente se indica que si bien el actor popular solicitó la “revocación directa” del acto a través del cual se adjudicó el contrato objeto de análisis; de las pretensiones del mismo contenidas en la demanda, así como del desarrollo del proceso, se evidencia de manera clara la intención de este de que se declarara por parte el juez de la acción popular la cesación de efectos del mencionado acto y como consecuencia la cesación de efectos del contrato, que en

desarrollo de este, se celebró. Es importante subrayar este aspecto, por cuanto al entender de esta sección, para poder declarar la nulidad de actos y contratos en medio de acciones populares, se hace indispensable que el actor lo solicite al impetrar la acción”

- En Sentencia AP 7260 del 22 de febrero de 2007, CP. Alier E. Hernández, respecto de la acción popular frente a contratos estatales, mencionó lo siguiente:

“Vale la pena recalcar que si bien la acción popular procede frente a contratos estatales, bien por su celebración (vgr. porque están incursos en una causal de nulidad absoluta) o por su ejecución, inejecución o mala o defectuosa ejecución, queda siempre a cargo del actor la prueba de la ilegalidad -de una parte- y de la amenaza o vulneración del derecho colectivo -de otra-, pues sólo de la concurrencia de las dos surge la procedencia de esta acción constitucional. Esto es así, porque la acción popular no se estableció a manera de reemplazo de la acción contractual, de modo tal que toda controversia contractual pudiera trasladarse a ella y tramitarse y decidirse por el procedimiento especial. La razón de ser de la acción constitucional es la protección de derechos o intereses colectivos, cuya amenaza o vulneración han de aparecer claramente probadas en el proceso. Ahora bien, como la actividad contractual del Estado bien puede servir de mecanismo de expresión de la función administrativa, “El contrato administrativo 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’ (Sayagués). 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 el 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. Además, debe entenderse que cuando el artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista, por sobrecostos e irregularidades en la contratación, se autoriza al juez de la acción popular para examinar la validez del contrato”.

- En Sentencia AP 1402 de 5 marzo de 2.008 C.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, acogéndose a criterios de sentencias ya mencionadas, reiteró lo siguiente:

“Con relación a los contratos estatales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la acción popular procede para impugnar dichos negocios jurídicos, siempre que se alegue la lesión de derechos colectivos. A pesar de que el tema, procedencia de la acción popular contra contratos estatales no fue pacífico en sus inicios, dada la existencia de tesis encontradas en fondo del litigio es que contratos estatales, se ha superado este problema jurídico acogiendo la segunda tesis, es decir, se ha aceptado que por vía de acción popular se puede discutir la legalidad de los contratos estatales.”

- Sentencia AP 739 – 01 (ij) de marzo 24 de 2009 C.P. MAURICIO TORRES CUERVO, al respecto indicó el proyecto:

“El Consejo de Estado ha expresado, acerca de la posibilidad de enjuiciar los contratos estatales en sede de acción popular, lo siguiente:

“Vale la pena recalcar que si bien la acción popular procede frente a contratos estatales, bien por su celebración (vgr. porque están incursos en una causal de nulidad absoluta) o por su ejecución, inexecución o mala o defectuosa ejecución, queda siempre a cargo del actor la prueba de la ilegalidad -de una parte- y de la amenaza o vulneración del derecho colectivo -de otra-, pues sólo de la concurrencia de las dos

surge la procedencia de esta acción constitucional” (Subrayado fuera de texto)³²

De acuerdo con este criterio, para que sea posible declarar la ineficacia de un contrato por medio de una acción popular como la medida idónea para proteger los derechos colectivos, es necesario que se haya logrado acreditar en el proceso, concurrentemente, la violación de la legalidad y la amenaza o vulneración del derecho colectivo.”

- Sentencia AP 540, del 8 de julio de 2011, C.P Enrique Gil Botero, respecto del control de la actividad contractual, reiteró lo mencionado en sentencias anteriores, así:

“La acción popular procede con independencia de la clase de actuación administrativa, ello se desprende de la literalidad del artículo 2, disposición que preceptúa que su objeto es la de evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio de un derecho colectivo sin distinguir si se trata de acciones u omisiones de las autoridades y sin importar el instrumento mediante el cual éstas pueden ocasionar el agravio (actos administrativos, contratos, operaciones o hechos administrativos). Así las cosas, la actividad contractual no se encuentra excluida de la utilización de este medio de defensa judicial, máxime cuando a través de la misma se deben cumplir los principios de igualdad, transparencia, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política. (...) Por ende, lo anterior no significa que entre la acción popular y la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A exista identidad, cosa diferente es que la Administración con la celebración y ejecución de contratos pueda vulnerar derechos colectivos como la moralidad administrativa o el patrimonio público, situación en la cual, la puesta en movimiento del aparato judicial no persigue la protección de derechos subjetivos sino la defensa de intereses o bienes jurídicos cuya titularidad

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de febrero de 2007, Radicación 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP). Actor: María Nubia Zamora Vargas, Demandados: Empresa de Servicios Públicos del Municipio de La Plata y otros, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

corresponde a la comunidad. De ahí que pueda afirmarse que se trata de un mecanismo procesal autónomo y principal, pues a diferencia de lo que ocurre con la acción de tutela, no está condicionado a la inexistencia de otro medio de defensa judicial. Por esta razón la Sala en anterior oportunidad afirmó que la acción popular no tiene un carácter supletorio o residual."

Finalmente, podemos concluir que una vez confrontados dialécticamente los argumentos expuestos en la Tesis Restrictiva y los expuestos de la Tesis Jurisprudencial Amplia o Garantista, nos permiten colegir que esos presupuestos restrictivos nacen de una consideración aislada y exegética de la ley que no atiende la concepción sistemática que asiste al ordenamiento jurídico, por ello no la compartimos, y por el contrario, sostenemos que la eficacia del accionar popular se sustenta en la posibilidad de que el juez tome decisiones de efectiva protección de los derechos colectivos que se procuran proteger, implicando esto, por supuesto, la posibilidad de revisar la legalidad del contrato estatal si de ella deviene la vulneración que se pretende reparar a través de la orden judicial.

Durante la investigación se deja entrever, como el derecho colectivo de la defensa del patrimonio público, ha salido garante en cuanto a su protección en materia contractual, cuan oportuna fue la aceptación del Consejo de Estado en permitir que dichos derechos colectivos sean protegidos cuando se vieran vulnerados en la celebración, ejecución de contratos estatales, aun cuando existiesen otros mecanismos.

6. CONCLUSIONES

- La Acción Popular consagrada en la Constitución Política de 1991 y reglamentada por la ley 412 de 1998, constituye una herramienta fundamental y eficaz para la protección de derechos colectivos como el del patrimonio público, especialmente en materia de contratos estatales.
- El Consejo de Estado ha mantenido su línea jurisprudencial, (aunque en sus inicios esta no fuese pacífica), salvaguardando el patrimonio público a través de la acción popular, máxime cuando este se vea vulnerado y amenazado en la celebración, ejecución de Contratos estatales.
- La corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos.
- Corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato.
- La autonomía de la acción popular como herramienta procesal se justifica no sólo desde el procedimiento (ninguna norma le otorga carácter subsidiario), sino desde la naturaleza misma de los derechos que se pretenden proteger. Los derechos colectivos como categoría jurídica autónoma, tienen asignada

constitucionalmente una acción especial, en consecuencia, es allí en donde se deben tomar todas las medidas que la Ley 472 le faculta al juez para su efectiva tutela, sin condicionamiento alguno distinto a la Constitución y la ley.

- La pedagogía es uno de los principales insumos en la tarea de vincular al ciudadano del común en la defensa del patrimonio público. Para ejercer efectivamente esa defensa, el ciudadano debe saber que herramientas le ofrece el sistema judicial, y que precisamente es la acción popular una herramienta idónea para la eficacia de la misma.

7. RECOMENDACIONES

- La actividad contractual es una modalidad de la actividad estatal, cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades colectivas e intereses públicos así como la obtención de los fines propios del Estado, esta actividad debe guiarse por los principios de igualdad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, que los artículos 209 y 123 de la Constitución Política prevén, como parámetros específicos de la función administrativa y que además, hacen parte del núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado Social de Derecho.
- La formación correcta o pedagogía a los ciudadanos, debería ser uno de los principales objetivos en la tarea de vincular al ciudadano del común en la defensa del patrimonio público.
- De igual manera se hace necesario replantear las funciones del Control Fiscal, en el marco de una reforma que además simplifique y en lo posible unifique, el disperso conjunto acciones legales que buscan el resarcimiento del patrimonio público; bajo la idea que un sistema más sencillo y racional, seguramente tendrá más eficacia que uno disperso y complejo, máxime cuando a partir del cambio constitucional de 1991, las contralorías tienen la función general de vigilar la gestión fiscal tanto de los servidores públicos como de los particulares encargados de administrar fondos o bienes públicos. El nuevo texto constitucional hace énfasis en que lo esencial del trabajo de estos organismos es llevar a cabo un *control de gestión y resultados* que permita evaluar que el manejo de fisco cumpla con un grupo de principios básicos: *eficiencia, eficacia, economía, equidad y valoración de costos ambientales*.

BIBLIOGRAFIA

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

Código Civil Colombiano.

Constitución Política de Colombia. Editorial LEGIS. 1991. 197p.

Consejo de Estado. Sentencia AP-518 de 31 de Octubre de 2002, sección Tercera. MP. Ricardo Hoyos Duque.

----- . Sentencia AP 1588 de 5 de Octubre de 2005, sección Tercera MP. Ramiro Saavedra Becerra.

----- . Sentencia del 5 de octubre de 2005. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

----- . Sentencia AP.099, MP. Germán Rodríguez Villamizar.

----- . Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. AP 2004-00413, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

----- . Sentencia del 21 de febrero de 2007, Expediente AP-0549, Sección Tercera.

----- . Sentencia del 21 de febrero de 2007, Expediente AP-0413. Sección Tercera.

----- Sentencia del día 5 de octubre de 2.005, Rad. No.: AP-01588, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

----- Sentencia del 17 de junio de 2001, Sección Tercera. Expediente AP 166. MP. Alíer Eduardo Hernández.

----- Sentencia Sección Tercera. Expediente AP 285. MP. Jesús María Carrillo

----- Sentencia del 31 de Octubre de 2002, Sección Tercera. Expediente AP 518. MP. Ricardo Hoyos Duque

----- Sentencia del 14 de abril de 2.005, Sección Tercera. Expediente AP 1577. C.P. Germán Rodríguez

----- Sentencia de febrero 22 de 2007, Expediente, AP 007260, C.P. Alíer E. Hernández.

----- Sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente AP 1402. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

----- Sentencia del 24 de marzo de 2009, Expediente AP 739 – 01 (ij). C.P. Mauricio Torres Cuervo

----- Sentencia del 8 de Junio de 2011. Expediente AP 540. C.P. Enrique Gil Botero.

Corte Constitucional. Sentencia C- 215 de 1999; MP. Martha Sachica.

----- Sentencia C-377 del 14 de mayo de 2002. MP. Clara Ines Vargas Hernández.

----- . Sentencia C-088 MP. Dr. Fabio Moron Diaz

----- . Sentencia C-479 de 1995, 26 de Octubre de 1995. MP. Vladimiro Naranjo Meza

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

Ley 472 de 1998. ACCIONES POPULARES

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

NETGRAFIA

Revista de derecho DEL PATRIMONIO PUBLICO UNA APROXIMACION AL CONCEPTO Y A SU CONTENIDO. www.umng.edu.con.

REVISTA CAMBIO, "La corrupción es el mayor problema de orden público en Colombia", Diez formas de robarse el país, FECHA DE PUBLICACION 21 de enero de 2009, www.cambio.com.co.