



Revista de  
**Derecho**  
Público

**LA ACCIÓN POPULAR Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN LOS PROCESOS  
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**LAURA ANDREA ACOSTA ZÁRATE**

**RICARDO HERNÁN MEDINA RICO**

Documento de reflexión no derivado de investigación

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.34.2015.24>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Público N.º 34

Enero - Junio de 2015. ISSN 1909-7778

## La acción popular y la nulidad de los actos administrativos expedidos en los procesos de contratación pública

### Resumen

Este artículo aborda el control de legalidad que existe sobre los actos administrativos dictados en un proceso de contratación estatal a través de la acción popular. Explora las alternativas jurídicas a la vulneración de derechos colectivos a partir de procesos contractuales del Estado, teniendo en cuenta que no existe la nulidad producto de una providencia resultante de una acción popular, ya que se estaría atribuyendo funciones propias de medios de control contemplados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Se analiza que los actos administrativos que rodean la contratación pública en algunas oportunidades pueden afectar derechos colectivos, por lo cual podría activarse la acción constitucional en comento para proteger esos intereses. Finalmente, plantea una solución desde la perspectiva de la Ley 1437 de 2011.

**Palabras clave:** derechos colectivos, acciones populares, acto administrativo, contrato estatal, proceso contractual, nulidad de actos administrativos.

## The popular action and the nullity of administrative acts issued in public procurement procedures

### Abstract

This article aims to address the legality that exists on the dictates administrative acts in government contracting process through popular action. Explores the legal alternatives to the violation of collective rights from contractual processes of the State considering that there is not the product of an order resulting from a class action void, since it would be attributing own control means referred roles in jurisdiction of administrative litigation. Be analyzed that administrative actions surrounding the procurement at times can affect collective rights, which could be activated by the constitutional action to protect those interests comment. Thus pose a solution from the perspective of Law 1437 of 2011.

**Keywords:** collective rights, popular actions, administrative act, state contract, contractual process, nullity of administrative acts.

## A ação popular e a nulidade dos atos administrativos expedidos nos processos de contratação pública

### Resumo

Este artigo aborda o controle de legalidade que existe sobre os atos administrativos ditados em um processo de contratação estatal através da ação popular. Explora as alternativas jurídicas à vulneração de direitos coletivos a partir de processos contratuais do Estado, levando em conta que não existe a nulidade produto de uma providência resultante de uma ação popular, já que se estaria atribuindo funções próprias de meios de controle contemplados na jurisdição do contencioso administrativo. Analisa-se que os atos administrativos que rodeiam a contratação pública em algumas oportunidades podem afetar direitos coletivos, pelo qual poderia ativar-se a ação constitucional em comento para proteger esses interesses. Finalmente, apresenta uma solução desde a perspectiva da Lei 1437 de 2011.

**Palavras-chave:** direitos coletivos, ações populares, ato administrativo, contrato estatal, processo contratual, nulidade de atos administrativos.

# La acción popular y la nulidad de los actos administrativos expedidos en los procesos de contratación pública\*

Laura Andrea Acosta Zárate\*\*

Ricardo Hernán Medina Rico\*\*\*

## SUMARIO

Introducción – I. NATURALEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES – II. OBJETO DE LA ACCIÓN POPULAR – III. JURISPRUDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR Y LA POSIBLE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR ESTA VÍA – IV. LA ACCIÓN POPULAR Y EL TEMA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN CONCRETO – V. LEY 1437 DE 2011 – VI. CONCLUSIONES – Referencias.

---

\* Cómo citar este artículo: Acosta Zárate, L. A. y Medina Rico, R. H. (Junio, 2015). La acción popular y la nulidad de los actos administrativos expedidos en los procesos de contratación pública. *Revista de Derecho Público*, 34. Universidad de los Andes (Colombia)..

\*\* Abogada de la Universidad del Rosario con profundización en Derecho Penal de la misma Universidad. Estudiante de la Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente trabaja en las Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia en la Fiscalía General de la Nación. Correo: [acostaz.laura@urosario.edu.co](mailto:acostaz.laura@urosario.edu.co)

\*\*\* Joven investigador en Derecho Penal, abogado y especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España). Profesor Universitario y abogado litigante. Correo: [ricardo.medina@urosario.edu.co](mailto:ricardo.medina@urosario.edu.co)

## Introducción

El presente artículo busca responder a la pregunta: ¿Cómo opera el control de legalidad de los actos dictados en el procedimiento de contratación a través de la acción popular?

Para ello es preciso tener en cuenta varias cuestiones. En primer lugar, que en un procedimiento de contratación existen actos administrativos precontractuales (tales como la licitación), contractuales (verbigracia la ejecución del contrato o la realización de unas obras) y postcontractuales (la liquidación, por ejemplo).

En segundo término, debemos traer a colación que en ocasiones esos actos administrativos pueden vulnerar derechos colectivos, por lo cual la acción popular sería el mecanismo de defensa judicial idóneo para su protección.<sup>1</sup>

Sin embargo, y como tercera precisión, es pertinente mencionar que la jurisprudencia desde hace unos años ha estipulado que por medio de la acción popular, si bien se pueden impugnar los actos (ponerlos en entredicho y dejarlos sin efectos), no se podrán anular ya que esto solamente puede darse en el marco de una acción “típicamente” administrativa, medio que el legislador ha previsto para eso. En conclusión, los mencionados actos se pueden impugnar con la acción popular, pero no se pueden anular.

Para llevar a cabo el presente análisis lo hemos dividido en cuatro apartes: en el primero se es-

tudia la naturaleza de los actos administrativos contractuales, en el segundo el objeto de la acción popular, en el tercero la jurisprudencia de la acción popular frente a los actos administrativos y las providencias de este tema que traten con actos administrativos contractuales, y en el último, qué se previó frente al asunto en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.).

## I. NATURALEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES

Los actos administrativos, “constituyen la expresión típica de la función administrativa, ya que la actividad de la misma se refleja básicamente en actos administrativos” (Güechá, 2007, pág. 56).

El acto administrativo “sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria (García y Fernández, 2006, pág. 548).

El profesor Ramón Parada afirma que:

De la misma manera que la función legislativa se manifiesta y concreta en la elaboración de normas generales y la judicial en las sentencias, la Administración formaliza su función gestora con repercusión directa o indirecta en los intereses, derechos y libertades de los ciudadanos a través de los actos administrativos. Precisamente porque el acto administrativo concreta y mide el alcance de esa incidencia, el concepto de este se ha construido para delimitar el objeto de la Jurisdicción Contencioso-

<sup>1</sup> La Constitución en su artículo 88 y la Ley 472 amparan a la acción popular como protectora de los derechos colectivos.

Administrativa, y para facilitar el control judicial de la actividad administrativa jurídicamente relevante (2007, pág. 97).

Por su parte, el Consejo de Estado ha manifestado:

El acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que esta supone a aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para, como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho. Y esta decisión, proferida por autoridad competente, está sujeta al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo. Aparecen así los elementos esenciales del acto:

Competencia: facultad para dictar el acto. Decisión: que traduce en la voluntad o la intención del funcionario competente. Contenido: que es el alcance de la decisión (crear, modificar, o extinguir una relación jurídica, en ejercicio de la función administrativa. Esos elementos suponen un antecedente esencial: el sujeto emisor, el cual implica, a su turno, la voluntad o la intención” (Sección Cuarta, 22 ene. 1987).

Entonces, tenemos que decir que los actos administrativos son aquellos medios por los cuales expone la administración su voluntad. Es momento preciso entonces de preguntarnos, ¿son los contratos administrativos actos administrativos? Lo anterior, ya que la Ley 80 de 1993 consagra que el contrato estatal es un acuerdo de voluntades, mientras que, como ya se evidenció, el acto administrativo es una manifestación unilateral de la voluntad de la administración.

El Consejo de Estado ha señalado al respecto:

Aunque resulta sugestivo el argumento según el cual el contrato puede ser definido como un acto jurídico de la Administración y, por lo mismo, este resulta comprensivo de todos los actos jurídicos de la Administración incluidos los contratos, la verdad es que no es fácil admitir que el contrato sea un acto administrativo bilateral, toda vez que la existencia de esta última modalidad es puesta en duda por un sector muy importante de la doctrina como que el acto administrativo es, por antonomasia, una manifestación o declaración unilateral de la voluntad de la Administración, en cumplimiento de una función administrativa, con el fin de producir efectos jurídicos, lo que no se opone a la participación en la producción del acto.

En efecto, es diferente el contrato, entendido, siguiendo la terminología civilista, como negocio jurídico de la administración—expresión nítida del principio de la *autonomía de la voluntad*, esto es, un acto en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o como acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica (artículo 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio), que en materia de contratación estatal está previsto actualmente en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 8 del Decreto 679 de 1994— y otra muy distinta la manifestación unilateral de la administración que debe revestir la forma de acto administrativo.

En otras palabras, el contrato estatal no es un acto administrativo fruto de una declaración unilateral sino un negocio jurídico producto de un acuerdo de voluntades, y por lo mismo su régimen jurídico sustantivo, las acciones judi-

ciales y, por supuesto, el estudio a nivel teórico constituyen capítulos separados del derecho administrativo (Sección Tercera, 8 mar. 2007, R. Palacios).

Ahora bien, el profesor Güechá Medina expresa una solución al respecto:

Al parecer sería claro en delimitar la naturaleza de [sic] jurídica de las decisiones unilaterales de la Administración como actos administrativos, en la medida que solo interviene la voluntad de la misma para su formación y de los contratos que celebra la Administración, como simples actos jurídicos generadores de efectos, donde para su formación interviene tanto la voluntad de la Administración como la del particular; hecho que no es tan sencillo, pues se estaría ante un evento como criterio diferenciador de uno y otro, como es el de la voluntad generadora del acto o contrato; desconociendo otros aspectos igualmente importantes para la identificación, como lo son los efectos del acto y el procedimiento para su formación.

En efecto, como lo plantea el profesor DROMI, a pesar de no estar de acuerdo con la argumentación, para algunos doctrinantes los actos administrativos pueden ser unilaterales y bilaterales, incluyendo en estos últimos los contratos administrativos; determinación que se hace con fundamento en la formación del acto y en los efectos del mismo; así el acto bilateral, se origina si concurren las voluntades de uno o más sujetos de derecho, mostrando el criterio de formación del acto y, si el acto acarrea derechos y deberes para una o más partes, en igual forma será acto administrativo, pero que ya sus efectos [sic], involucrándose aquí tanto los actos unilaterales como los bilaterales” (Güechá, 2007, págs. 174 y 175).

En igual sentido, el mismo autor afirma:

Los contratos administrativos, al constituir actuación de la Administración, son el resultado de un procedimiento o trámite administrativo de contratación; en donde la administración como persona contratante debe adelantar actuaciones específicas para la formación del contrato, actuaciones respecto de las cuales no es ajeno el contratista, quien tiene una participación activa dentro de dicho procedimiento (Güechá, 2007, pág. 179).

Para reforzar su tesis, Güechá considera que los contratos administrativos contienen los atributos de los actos administrativos unilaterales, por lo cual tienen un tratamiento legal equiparable. Según lo anterior, y como resultado de su investigación, expresa que:

Los actos administrativos estrictamente unilaterales, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina presentan los siguientes atributos: La presunción de legalidad, la ejecución oficiosa que incluye la ejecutividad y la ejecutoriedad, la revocabilidad y la estabilidad; en esta medida, se analizan cada uno de los atributos y refiriéndolos al contrato administrativo (Güecha, 2011, pág. 228).

## II. OBJETO DE LA ACCIÓN POPULAR

Las acciones populares se encuentran definidas en el artículo segundo<sup>2</sup> de la Ley 472 de 1998.

2 Art. 2°. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Tienen por objeto proteger los derechos humanos de tercera generación (derecho a un ambiente sano, utilización racional de los recursos naturales, defensa del medio ambiente, protección del servicio público, la paz, el derecho al desarrollo), en los cuales la colectividad y no la persona individual es la titular de acciones (Carmargo, 2009, pág. 161).

Frente al mismo aparte, los autores Rincón y Suárez expresan:

El objeto de las acciones populares es garantizar la protección de los derechos e intereses colectivos. La misma Ley hace una enunciación de los mismos (artículo 4°), cuyo amparo se puede solicitar a través de este mecanismo. (...) Según lo establece la misma Ley esta enumeración no es taxativa, por el contrario, también son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como expresamente lo señala el inciso final del mencionado artículo. Por otra parte, el párrafo de dicho artículo señala que los derechos e intereses colectivos enunciados se definen y regulan por las existentes sobre la materia, es decir, en tratándose de derechos relacionados con el medio ambiente la protección de los derechos se ha de realizar dentro del marco de la normatividad ambiental, lo mismo para los demás derechos enunciados (2004, págs. 25-26).

Por ello, la amplitud de los derechos colectivos hace que por vía de acción popular puede llegarse a solucionar problemas sociales que revisten carácter neurálgico para la Nación. Asuntos relacionados con el patrimonio público, la salud

pública, la seguridad, la moral administrativa, el patrimonio ecológico y cultural de la Nación, la libre competencia, el acceso a servicios públicos, la defensa de los bienes de uso público, entre otros, son defendibles por parte de cualquier ciudadano a través del mecanismo de la acción popular. La acción popular tiene carácter de amparo constitucional al permitir a cualquier persona reclamar ante un juez de la República que materialice y haga efectivos cada uno de los derechos. Además, significa una consolidación, de la separación de poderes como sustento del Estado de Derecho, ya que por medio de estas acciones se coloca en manos de la rama judicial problemas con implicaciones sociales, políticas y económicas, que de otra manera no podría conocer, y por tanto no podría incidir en ellos (Rincón y Suárez, 2004, pág. 12).

En el año 1994, con respecto al proyecto de ley puesto a consideración de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes para regular las acciones populares y de grupo (noviembre de 1993), la Defensoría del Pueblo consideró que:

Las Acciones Populares y de grupo son un mecanismo de protección de derechos humanos colectivos ante una autoridad judicial. Su tratamiento no debe ser similar al de una litis que busca dar solución a controversias entre dos partes: demandante y demandado. En este caso se trata de una acción que busca hacer cesar la lesión o amenaza, contra un derecho o varios derechos humanos y de ser posible, el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, en donde las partes adquieran el perfil del accionante y presuntos implicados.

Todos los elementos jurídicos y probatorios deben evaluarse desde un criterio fundamental: el procedimiento surtido con base en una acción popular tiene como objetivo esencial determinar si los hechos o acciones que se presentan son constitutivos o no de una violación o amenaza a un derecho colectivo y si es así, se debe señalar la forma de hacer cesar la lesión o amenaza (1994, pág. 7).

### III. JURISPRUDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR Y LA POSIBLE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR ESTA VÍA

Sobre lo anterior es necesario hacer una precisión adicional: la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han tenido la oportunidad de referirse al objeto de la acción popular y, con ello, desarrollar el ámbito de aplicación y alcance de esta para la protección de los diferentes derechos e intereses colectivos.

En cuanto a la jurisprudencia existente frente a la legislación anterior es preciso señalar que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado al respecto. Por ejemplo, en sentencia T-446 de 2007 nuestro tribunal constitucional señaló:

Ni la Constitución ni la ley supeditan el ejercicio de la acción popular a la existencia de otro u otros mecanismos de defensa judicial como pasa a explicarse.

En efecto, la acción popular no está prevista en la Constitución como una acción de carácter subsidiario, dado el objeto que persigue

cual es la protección de derechos e intereses colectivos. Acciones populares que según la ley, son medios procesales para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los citados derechos. Así, su configuración constitucional y legal permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios.

Sin embargo, si bien las acciones populares protegen derechos e intereses colectivos los cuales, desde 1991 son de orden constitucional, y su trámite no se supedita a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no es menos cierto que no son acciones configuradas para desplazar los otros medios de defensa judicial ordinarios establecidos por la ley para la solución de las diversas controversias jurídicas, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional y su órbita de acción son diferentes a aquellos que corresponden a los jueces ordinarios. Es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos (CConst., T-446/2007, C. I. Vargas).

El Consejo de Estado ha respaldado dicha posición. En la sentencia de 31 de mayo de 2002, por ejemplo, la Sección Cuarta considera que:

El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que solo pueda acudir al ejercicio de las mismas, pues estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular, con el fin de conjurar en forma oportuna aquellos hechos u omisiones que podrían afectar a la comunidad, antes de que generen un daño, para extinguirlo si este

se está produciendo, o bien para restituir las cosas a su estado anterior si ello todavía es posible. En este sentido se precisa que la acción popular es una acción principal y su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones.

A diferencia de la concepción tradicional de la protección judicial, basada en el derecho subjetivo, en la acción popular como quiera que no resultan vulnerados derechos o intereses particulares, sino los denominados “difusos” o colectivos, el análisis se debe centrar en el estudio de la vulneración de los derechos reconocidos a la colectividad.

El ámbito dentro del cual se define la acción popular es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos (...), de lo cual pueden desprenderse además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, que en nada afectan la iniciación, trámite y culminación de la acción popular” (CE Contencioso Administrativo, 31 may. 2002, L. López).

También en la sentencia del 17 de junio de 2001, la Sección Tercera afirma:

Ninguna de las decisiones en materia disciplinaria o penal, tienen virtud para hacer cesar el proceso de la acción popular, pues esta ha sido consagrada por el constituyente, y desarrollada por el legislador como un mecanismo judicial de protección de los derechos colectivos, los cuales, por su naturaleza, son independientes de la responsabilidad personal, penal, disciplinaria y civil de los servidores públicos. La Sala reitera que la acción popular no es subsidiaria, que no se trata de una acción sancionatoria, y que no se identifica con ninguna acción de responsabilidad, pues si así fuera, el argumento de la

existencia de tales acciones resultaría suficiente para desplazar la acción popular, que, por este camino, quedaría vacía de contenido real. Por eso, la acción popular no se ve afectada por la existencia de otras acciones, como tampoco su procedencia impide que ellas se inicien para que las autoridades de control deduzcan las responsabilidades del caso. Se trata, pues, de mecanismos judiciales independientes con propósitos, también, distintos (CE Contencioso Administrativo, 17 jun. 2001, A. E. Hernández).

La misma sección, en sentencia del 5 de octubre de 2005 expresó:

El artículo 1 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 2 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 9 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.

En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener —como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la Ley 393 de 1997)— un carácter subsidiario; a *contrario sensu*, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la Ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados (CE Contencioso Administrativo, 5 oct. 2005, R. Saavedra).

Continuando con esta línea argumentativa, el Consejo de Estado en sentencia de 18 de mayo de 2000, destacó:

De otra parte, ese acto administrativo se presume legal mientras no exista una decisión judicial que lo suspenda o lo anule, providencia que deberá adoptarse por vía diferente a la acción popular y dentro de un juicio procesalmente impulsado por quienes tengan la legitimidad para ello. Se advierte entonces que la acción aquí instaurada perdió sus causas constitucionales y legales, pues en el fondo se persigue idéntico fin pero a través de la acción equivocada (CE Contencioso Administrativo, 18 may. 2000, J. M. Carrillo).

También en sentencia de 31 de octubre de 2002 la Sección Tercera afirmó:

Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo en razón de la demanda de nulidad absoluta que en reconvencción formuló la administración, la cual deberá resolver en los términos del artículo 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993, se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso (CE Contencioso Administrativo, 31 oct. 2002, R. Hoyos).

Finalmente, frente a esta posición es necesario traer lo dicho por la Sección Cuarta:

Si bien la acción popular no es una acción residual, ni resulta improcedente por la sola existencia de otros medios de defensa judicial, tampoco se ha querido con ella instituir un sistema paralelo, que desconozca las acciones judiciales ordinarias, con mayor razón cuando estas protejan adecuada y oportunamente la supremacía de la constitución. La discusión sobre la aplicación de la exención no es asunto que pueda resolverse a través de la acción popular, salvo que resulte evidente la vulneración de derechos colectivos, pero mientras se mantenga la presunción de legalidad de los actos administrativos y no se demuestre la ilegitimidad del comportamiento de la sociedad Compensar S.A. tampoco puede concluirse la vulneración del derecho a la protección del patrimonio público (CE Contencioso Administrativo, 28 ago. 2003, L. López).

Pero la jurisprudencia, como se ha mencionado, no ha sido pacífica. Así, la Sección Tercera llegó

a una consideración transversalmente diferente en providencia de 21 de febrero de 2007:

Lo cierto de todo es que, para la Sala, en medio de las distintas posiciones descritas, la ley de acciones populares permite que proceda este medio de defensa, ante la acción u omisión de las autoridades o de los particulares que ejerzan función administrativa, lo cual contempla la posibilidad de que se presenten, incluso, contra los actos administrativos, que constituyen una de las principales manifestaciones activas o de acción de las autoridades públicas. En síntesis, para esta Sala, con fundamento en la ley, es viable analizar la legalidad de los actos administrativos, al interior de la acción popular, pero condicionado a que esa manifestación de voluntad sea causa directa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, criterio que se comparte y reitera en esta oportunidad, y que responde a la tesis que acepta la procedencia de la acción popular frente a la manifestación de voluntad de la administración, cuando con esta se vulneran derechos o intereses colectivos (CE Contencioso Administrativo, 21 feb. 2007, E. Gil).

La citada Sección, acogiendo la misma línea expuesta en el párrafo anterior, en sentencia de 21 de mayo de 2008 exteriorizó:

De conformidad con lo expuesto hasta el momento, en aquellos casos en los cuales la legalidad del objeto jurídico cuestionado es la causa, o un factor determinante, para la indagación acerca de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, el juez válidamente podrá hacer el análisis correspondiente y tomará las decisiones a que haya lugar, debido a que en tal escenario confluyen en un mismo punto de relevancia jurídica los intereses colectivos y

los intereses subjetivos propios de las acciones ordinarias (CE Contencioso Administrativo, 21 may. 2008, R. Saavedra).

La Sección Primera también ha visto con buenos ojos lo expresado en esta vertiente jurisprudencial. En sentencia de 18 de marzo de 2010 argumentó:

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha sido enfática en manifestar que la acción popular contra actos administrativos procede siempre que estos amenacen o vulneren los derechos e intereses colectivos, y en esa medida el juez constitucional tiene la facultad de suspender la aplicación o ejecución del acto administrativo siempre que se acredite que vulnera o amenaza derechos e intereses colectivos. Sin embargo, se resalta que la nulidad de dichos actos es de competencia exclusiva del juez contencioso administrativo, entonces mal podría entenderse que mediante el trámite de una acción popular se puede anular un acto administrativo.

De otra parte, de conformidad con los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, prevén las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho como mecanismos idóneos para atacar la legalidad de los actos administrativos.

En efecto, cuando la finalidad que se pretende es que el juez ordene la nulidad del acto administrativo y que como consecuencia de ello, el acto desaparezca del mundo jurídico, las acciones que se deben adelantar son las consagradas en el Código Contencioso Administrativo como se indicó previamente y no la acción popular prevista por la Ley 472 de 1998 (CE

Contencioso Administrativo, 18 mar. 2010, R. Ostau).

La sentencia de la Sección Primera, con radicado número 01278-01 señaló:

Planteada así la controversia resulta necesario entonces precisar si tratándose de actos administrativos estos pueden constituir o no causa de amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos, y si la acción popular en tales casos es el remedio procesal procedente para conjurar dicha situación. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los actos administrativos, como expresión de la acción de las autoridades públicas, también pueden ser fuente de amenaza o violación de los derechos colectivos, y que cuando ello se acredita su aplicación o ejecución puede ser suspendida con miras a proteger dichos derechos, dado que el pronunciamiento acerca de la nulidad de tales actos solo puede ser emitido por el juez de lo contencioso administrativo. Así en sentencia de 13 de septiembre de 2002 proferida dentro del expediente de acción popular num. A.P. 575, la Sección Quinta de esta Corporación precisó lo siguiente: “En consecuencia, en principio, corresponde a las autoridades ambientales, a través de actos administrativos expedidos en el curso de procedimientos administrativos establecidos en la ley, definir si una obra amenaza o vulnera derechos colectivos, tales como el goce a un ambiente sano, la salud y salubridad públicas. De igual manera, en caso de que un proyecto o una obra puedan afectar derechos colectivos, las autoridades ambientales tienen la facultad de imponer medidas pertinentes para mitigar el impacto de los daños que pueden producirse con la obra. Sin embargo, puede suceder que el daño contingente o la violación o amenaza

de los derechos colectivos que se buscan proteger en la acción popular derive, precisamente, de la ejecución del acto administrativo que expidió la licencia ambiental. Entonces, de lo anterior surge una pregunta obvia: ¿procede la acción popular cuando se reprocha el cumplimiento de un acto administrativo? En otras palabras, en la acción contencioso administrativa se efectúa el control de legalidad del acto y, por lo tanto, puede producirse la nulidad del acto impugnado. A su turno, en la acción popular no puede decretarse la nulidad del acto porque no se define la legalidad del mismo, pero sí puede suspender la ejecución o aplicación de un acto administrativo que viola o amenaza derechos e intereses colectivos (CE Contencioso Administrativo, 3 nov. 2005, R. Ostau).

De acuerdo con lo anterior, la Sección Tercera con gran precisión resumió el debate anterior, es decir, frente a las posibilidades de anular un acto administrativo en el marco de una acción popular, manifestó:

Al interior de la Corporación se han dado varias discusiones sobre la procedencia de la acción popular para cuestionar la legalidad de los actos administrativos, cobijados con la presunción de legalidad y, en caso de ser ilegales, anularlos. Nada diferente se advierte en la evolución jurisprudencial que, a lo largo de la vigencia de la ley 472 de 1998, ha acompañado el debate, al interior de las distintas Secciones del Consejo de Estado. Se han dado cuatro vertientes en el manejo de este tema: i) tesis restrictiva; ii) tesis amplia; iii) tesis intermedia y, iv) tesis de criterio finalístico. 1.1. La tesis restrictiva, no permite la discusión de la legalidad del acto administrativo en la acción popular, bajo el entendido de que para ello existen las ac-

ciones contencioso administrativas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. 1.2. La tesis amplia, defiende la procedencia de la acción sin ninguna cortapisa o condicionamiento frente al análisis de la legalidad del acto administrativo, y admite la anulación del mismo. 1.3. La tesis intermedia, admite la procedencia de la acción, pero condicionada al límite de la decisión, siendo viable suspender los efectos del acto, pero no la anulación, que solo corresponde al juez de la acción ordinaria. 1.4. La tesis con criterio finalístico, admite la acción pero teniendo en cuenta la finalidad que persiga el actor, de tal suerte que solo puede anularse el acto administrativo que amenace o transgreda el derecho colectivo, siendo improcedente cuando se trata de un estudio de legalidad, propio de las acciones contencioso administrativas, en las que se enerva las presunciones del acto administrativo bajo el límite de la jurisdicción rogada (CE Contencioso Administrativo, 21 feb. 2007, E. Gil).

Debido a todos los problemas jurisprudenciales, a las posturas esgrimidas por las altas corporaciones y los honorables magistrados y consejeros, el Consejo de Estado en algunas de sus secciones intentó dar un camino jurisprudencial con la siguiente decisión:

Para la Sala, la solicitud se enmarca en las condiciones exigidas por la ley y la jurisprudencia para revisar la sentencia, toda vez que en términos de algunos derechos colectivos invocados en el proceso, es claro que ellos han representado, para las distintas Secciones del Consejo de Estado, uno de los casos más emblemáticos de controversia jurisprudencial, porque lo que finalmente está en discusión, al margen de los derechos colectivos mismos, es la procedencia

de la acción popular sobre actos administrativos, los cuales tienen en el derecho procesal una acción propia para controvertirlos —las de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho—. Esta discusión se amplifica si se ofrece una respuesta positiva al anterior problema, porque a continuación se debe analizar si además procede la declaración de nulidad de los actos cuestionados —si acaso se vulnera el ordenamiento jurídico—, asunto que revive más polémica en la jurisprudencia, y que no puede negarse ofrece dificultades al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tomada en su conjunto. No obstante, también es cierto que el Consejo de Estado ha trazado una línea jurisprudencial reciente que permite la anulación de los actos administrativos en las acciones populares, pero el tratamiento dado al tema, en la providencia del Tribunal Administrativo, no se ajusta a ella, pero si a otras providencias que hoy constituyen la tesis minoritaria, lo que justifica revisar la sentencia de segunda instancia para sistematizar, coordinar y unificar el tratamiento del tema al interior de esta misma Corporación, y se acojan las posiciones jurisprudenciales trazadas por este alto Tribunal, en aras de garantizar la seguridad jurídica, creando una jurisprudencia uniforme y constante (CE Contencioso Administrativo, 23 mar. 2011, E. Gil).

#### **IV. LA ACCIÓN POPULAR Y EL TEMA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN CONCRETO**

Si bien anteriormente se estudió la procedencia de la acción popular para anular, en general, actos administrativos, es necesario analizar si dicho mecanismo de defensa judicial puede, en

concreto, frente a los contratos y actos administrativos de naturaleza contractual, proceder a anularlos.

Respecto a la posibilidad de aceptar la nulidad nos encontramos con la sentencia de la Sección Tercera que afirma:

En observancia de lo anterior, y en relación con el punto concreto de la viabilidad de la acción popular para la declaración de la nulidad absoluta del contrato estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha intentado armonizar las disposiciones legales del Código Contencioso Administrativo con las normas constitucionales. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha dispuesto reiteradamente la procedencia de la acción popular para tales fines, en aquellos eventos en los que no se haya intentado una acción contractual con anterioridad y hayan comparecido al juicio popular todas las partes involucradas en el asunto, de suerte que no resulten vulnerados sus derechos. Lo anterior aunado a la circunstancia que la nulidad sea manifiesta y conlleve la vulneración de derechos colectivos [sic] faculta al juez contencioso administrativo a tomar la medida tendiente al restablecimiento del derecho, esto es, la declaratoria de nulidad del contrato estatal. No significa lo anterior que solo bajo tales supuestos sea procedente la acción popular para la declaración de nulidad absoluta de un contrato estatal, sin embargo, habida cuenta de que en el caso sometido a estudio se han hecho presentes, como sujetos del proceso, las partes contractuales, y que no se ha incoado acción contractual alguna, la Sala encuentra claramente procedente la presentación de la acción popular como herramienta para demandar la nulidad absoluta de los contratos estatales re-

feridos, y se abstiene de pronunciarse respecto de la viabilidad de la acción en aquellos casos que no encuadran en el supuesto fáctico que ahora la convoca (CE Contencioso Administrativo, 17 may. 2007, R. Saavedra).

En el mismo sentido, en sentencia de 21 de octubre de 2009, encontramos:

Si bien la jurisprudencia y la doctrina revelan posiciones antagónicas en torno a la competencia anulatoria del juez popular respecto del contrato estatal en defensa de los derechos e intereses colectivos, lo cierto es que sobre lo que no puede discutirse es en relación con la procedencia de este medio procesal cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que se trata del mecanismo idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. En efecto, a diferencia de la acción de tutela que procede solo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio (art. 86 inc. 3º y numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y de la acción de cumplimiento que es improcedente cuando el afectado tenga otro medio de defensa judicial o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante la acción de tutela (art. 9 de la ley 393 de 1997), la acción popular ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y por ello su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial. Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que —como ya se indicó— se trata de un

instrumento principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. Por manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es posible de ser estudiada en sede popular. Síguese de todo lo anterior que el hecho de que en una demanda instaurada en el ejercicio de la acción popular se pretenda estudiar si la celebración o ejecución de un contrato estatal entraña amenaza o violación de derechos colectivos no significa que por ese hecho el ejercicio de la acción sea indebido. De modo que, si como ocurre en el sub lite la pretensión consiste en que la protección de los derechos colectivos que se dicen vulnerados, [sic] la acción se torna procedente” (CE Contencioso Administrativo, 21 oct. 2009, R. S. Correa’).

Sobre igual trasegar jurisprudencial se ha expresado recientemente la Sección al proferir:

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 estas 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 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 (CE Contencioso Administrativo, 8 jun. 2011, E. Gil).

Continuando con dicha argumentación, encontramos una sentencia anterior a las expresadas que se fundamenta en lo mismo: que se puede decretar la nulidad del acto. En este sentido expresa el Consejo de Estado:

La Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley. Por razón de su participación en un contrato estatal, que le confiere la calidad de colaborador de la Administración, el particular queda sometido a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo al momento de juzgar si

con su conducta en las etapas de formación y ejecución del contrato ha lesionado derechos colectivos, como quiera que el denominado «fuero de atracción» hace imposible que dos autoridades judiciales conozcan de un mismo contrato y decidan sobre su eficacia, validez, o sobre alguna de las irregularidades a que se refiere indiscriminadamente el artículo 40 de la Ley 472. Además, la relación jurídica entre la entidad estatal que enajena su participación societaria y los adquirentes preferenciales (trabajadores o extrabajadores, etc.) se forma en virtud de un privilegio de origen constitucional, y queda sometida al derecho público.

(...)

Las pruebas reseñadas evidencian que la conducta que desplegó desde un comienzo Fernando Londoño Hoyos para lograr la adquisición de las acciones de Invercolsa contravino abiertamente las normas jurídicas que regían el proceso de democratización de la propiedad accionaria de Ecopetrol; al invocar, sin tenerla, la calidad de extrabajador, para aceptar la Oferta Especial de venta de acciones, violó en primer término las normas que en este caso particular enumeraban los beneficiarios preferenciales y que limitaban a estos las condiciones especiales. Las normas lesionadas forman parte del derecho público de la Nación, y por tanto, las conductas contractuales que les sean contrarias tienen objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil. Por lo tanto, resulta de forzosa aplicación el artículo 1525 *ibídem*. La consecuencia jurídica de haberse realizado esta adquisición contrariando lo dispuesto en las normas citadas es, según el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 226, la ineficacia del contrato de compraventa de acciones, a causa de su ilicitud, que

lo hace absolutamente nulo. Desde luego que la conducta en examen constituye una irregularidad en la contratación, que lesiona la moralidad administrativa; Fernando Londoño Hoyos fue su protagonista al aparentar una calidad que no poseía y beneficiarse del precio fijo reservado a los destinatarios preferenciales de la primera fase de la venta, sustrayéndose ventajosamente a la competencia o puja que habría tenido que afrontar en la subasta que habría de realizarse en la segunda fase, única en que le era lícito participar. Se hizo, a beneficios contractuales que no le concedían las leyes. La venta de las acciones al precio fijo también lesionó el patrimonio público. El perjuicio es más tangible teniendo en cuenta que las acciones causaron dividendos que no debieron percibir sus adquirentes irregulares. Al momento de realizarse la dación en pago por parte de Fernando Londoño Hoyos a AFIB, se encontraba inscrita la medida cautelar en el Registro de Accionistas de Invercolsa S.A., es decir, que las acciones que pretendía enajenar se encontraban en litigio y, en consecuencia, ni él podía transferirlas ni el acreedor adquirirlas sin la autorización de la Junta Directiva y del juez. AFIB S.A. era sabedora de la existencia del litigio propuesto por Ecopetrol. No tuvo, entonces, buena fe en esa transacción. En estas condiciones, debe asumir las consecuencias de este fallo. Además, como sucesora en los derechos del acreedor inicial (Banco del Pacífico), le es oponible el conocimiento que necesariamente tuvo este sobre la negociación proyectada (CE Contencioso Administrativo, 9 dic. 2003, C. Arciniegas).

Por su parte, otras providencias consideran que no es de aplicación automática la acción popular, sino que es procedente acudir a otro tipo de

acciones “ordinarias administrativas” para llegar a la nulidad. Solo en una eventualidad extrema podría recurrirse a esta figura.

Según lo anterior, el Consejo de Estado ha manifestado:

Las acciones populares que pretenden suspender procesos contractuales proceden de forma excepcional en la medida que vulneren o amenacen derechos colectivos. De lo contrario es necesario adelantar las acciones pertinentes que prevé el Código Contencioso Administrativo. Como quiera que en el presente asunto el actor pretende que se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. terminar el proceso de invitación pública N° 004 de 2004, por considerar que se vulneró el derecho a la libre competencia al restringir la participación exclusiva de las empresas internacionales por los términos de referencia, es claro su procedibilidad (CE Contencioso Administrativo, 26 nov. 2009, R, Ostau<sup>3</sup>

Botero Aristizábal frente a esta problemática plantea:

La pregunta es más bien, si los actos que no son anulables en las acciones ordinarias, como los de ejecución o los preparatorios sí podrían serlo por vía de una acción popular. La respuesta en principio es positiva, aunque no en términos absolutos, pues hay casos donde dicha lesión se predicaría más del acto definitivo que del acto preparatorio, de trámite o de ejecución como ocurre en las acciones ordinarias, en cuyo caso, será el primer acto anulable y no el resto, ya que no tendría sentido dejar vivo un acto definitivo cuyo fundamento se encuentre en un acto de trámite o preparatorio que ha violado o amenazado un derecho colectivo.

Sin lugar a dudas, esta tipología de actos excluidos del control de legalidad tradicional puede violar o amenazar un derecho colectivo. Tal sería el caso de un acto preparatorio que atente contra el derecho colectivo de la moralidad administrativa, no por impedirse su anulación en el trámite de una acción ordinaria, debe considerarse igual solución para la acción popular. Los presupuestos anulatorios como hemos visto, no son los mismos, prima el fin del derecho por proteger el interés colectivo lesionado, por encima de las formas tradicionales que han caracterizado la anulación ordinaria. Corresponde entonces al juez establecer en cada caso concreto la utilidad de anular este tipo de actos en términos de eficacia y prevención, para la protección del derecho que se alega como violado (2004, pág. 138).

## V. LEY 1437 DE 2011

Una vez expuestas las diferentes posiciones que se dieron frente a la posibilidad de anular un acto administrativo en el marco de una acción popular, en vigencia del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), es necesario revisar si con la nueva normativa aplicable,<sup>3</sup> esto es, la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se llegó a una solución a la anterior problemática o si, por el contrario, se puede arribar a una discusión como la antes transcrita.

<sup>3</sup> No sobre recordar que por expreso mandato del artículo 144 de la citada ley, el C.P.A.C.A. entraría en vigencia a partir del 2 de julio de 2012, de modo que todas las demandas que se presentaron con anterioridad a dicha fecha se tramitarían por el C.C.A.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se ocupa expresamente en un artículo de la controversia presentada. Para ello, en el artículo 144<sup>4</sup> desarrolló y precisó el contenido y el procedimiento aplicable para la “protección de los derechos e intereses colectivos”.

Con esta normativa se busca, en palabras de Arboleda Perdomo, “englobar todas las pretensiones que tengan como finalidad (...) la de proteger los derechos e intereses colectivos” (2012, pág. 236).

De acuerdo con lo expresado por Arboleda, de la lectura del artículo se desprenden varios puntos. En primer lugar, la acción popular conserva las siguientes características:

a) Pública: ya que cualquier persona está legitimada para interponer la demanda que busque proteger los derechos e intereses colectivos.

4 “Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

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

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.”

b) Libertad de lo que se pida: en palabras del autor citado: “No hay pretensiones típicas como las de nulidad o de restablecimiento del derecho, pues la fórmula del artículo, que es similar a la de la ley 472 de 1998, señala que podrá pedir que se adopten las medidas necesarias para proteger estos intereses” (Arboleda, 2012, pág. 236).

c) Carácter preventivo, suspensivo y restitutivo: ya que prevé medidas como evitar el daño contingente (disposiciones para impedir perjuicios en el futuro), detener el detrimento que se está ocasionando (hacer cesar la vulneración) o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (órdenes para resarcir el menoscabo y reconstituir las cosas a como se encontraban antes del suceso en cuestión).

En segundo lugar, y quizás el eje transversal para efectos de responder la pregunta que inicialmente se planteó, el inciso segundo del artículo 144, tal y como lo precisa Arboleda, busca:

Aclarar una discusión doctrinal acerca de la procedencia de estos procesos cuando la causa de la vulneración sea un acto jurídico y no un hecho de las entidades públicas, permitiendo su demanda, pero limitando los efectos de la sentencia a la suspensión de los efectos dañinos de estos actos: dice en efecto que puede el juez adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, sin que sea competente el mismo para anular el acto o el contrato (2012, pág. 236).

Al respecto, Bastidas Bárcenas reflexiona:

El nuevo código plantea la posibilidad de ejercer este medio de control cuando la vulnera-

ción de los derechos e intereses colectivos proviene de la actividad de una entidad pública, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato. Sin embargo, en estos casos el juez no podrá anular el acto o el contrato, pero podrá hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. Es decir, la anulación del acto solo es factible en el escenario de las acciones propias de nulidad del acto administrativo. Empero, una orden de suspensión del acto o del contrato generalmente implica un juicio provisional sobre su legalidad. De este modo, la acción popular sí puede indirectamente convertirse en otro escenario para ventilar la legalidad de los actos y de los contratos estatales. Es decir, otro ejemplo de sobre oferta de acciones contra las decisiones de la Administración (2012, pág. 306).

Y, aunque la intención del legislador es no abrir la puerta a análisis que no son propios de la naturaleza de las acciones populares, el consejero de Estado Bastidas Bárcenas complementa lo esgrimido por Arboleda, pues considera que aún se puede “estudiar” una nulidad del acto teniendo en cuenta que una orden de suspensión de acto genera un “juicio provisional sobre su legalidad”. Ahora bien, consideramos que a pesar de que se pueda “estudiar” una nulidad del acto, el juez que resolverá la acción popular podrá declarar la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo creada por situaciones de actos administrativos o contratos estatales; empero, la determinación del juez jamás podrá contemplar la nulidad tanto del acto como del contrato, ya que no es del resorte de la acción popular. El juez cumplirá la teleología de la acción popular, ya que tomará medidas pertinentes y necesarias para que el contrato público

cese la vulneración, pero no podrá abrogarse funciones propias de un medio de control jurídicamente contemplado.

Arboleda Perdomo (2012) reconoce que existen otras acciones, las acciones ordinarias contencioso administrativas, dentro de las cuales se puede lograr una nulidad de un acto administrativo contractual, teniendo la acción popular otros fines que alcanzar. La acción popular tiene un fundamento de celeridad que busca proteger de manera eficaz y acuciosa los derechos colectivos, posición compartida por el togado Bastidas. Sin embargo, este último encontró un argumento que puede ser traído a colación por cualquiera que incoe la acción popular y exija una nulidad de un acto contractual. La consideración de los autores de este texto es que a pesar de la celeridad y eficacia que consagra la acción popular, no puede vulnerarse el debido proceso y la jurisdicción contemplada al respecto. Si se requiere una pronta y efectiva protección, la acción popular como máximo podrá dejar transitoriamente (como lo consagra el artículo) el contrato administrativo, pero jamás podrá declarar su nulidad.

En concordancia con la posición del presente escrito, resulta propio hacer mención a una sentencia de la Corte Constitucional, la C-644 de 2011, que declaró exequible el aparte del segundo inciso del artículo 144 de la Ley 1437: “sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

En dicha providencia la suprema guardiana de la norma normarum afirmó:

Entonces, el hecho que el legislador haya establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 que el juez de la acción popular no puede decidir sobre la anulación de los actos administrativos y contratos estatales, en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción. Se trata de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011 a partir de su artículo 135.

Contrario a lo estimado por el actor, el beneficio derivado de la adopción de las decisiones relativas a la nulidad de los contratos y los actos administrativos en las acciones populares, equivale al reconocimiento y respeto por las reglas del proceso establecido en la ley para adoptar decisiones respecto a la validez de los actos y contratos de la administración en juicios específicos, ya que a través de esta acción se reclama la protección de derechos que pueden ser desconocidos sin que su titular sea convocado al proceso previsto por la ley para la adopción de tales decisiones.

El derecho de defensa de quien puede resultar afectado con la anulación de un contrato no se satisface simplemente con el hecho de que dicho afectado haya sido citado a la acción popular. El derecho al debido proceso implica ser juzgado conforme con el procedimiento se-

ñalado previamente para el propósito correspondiente (CConst., C-644/2011, J. I. Palacio).

Por lo anterior, consideramos que el tribunal constitucional da un camino que deberíamos tomar todos los juristas. Esto es, entender que la acción popular es una acción constitucional que, aunque busca proteger y defender derechos colectivos, no puede apropiarse del objeto fundante de otro tipo de acciones o medios de control. Debe reconocerse que existen otro tipo de acciones administrativas contenciosas que buscan la nulidad de un acto administrativo contractual, que se encuentran consagradas en el ordenamiento jurídico vigente.

## VI. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, es claro que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dio una respuesta definitiva a un problema que durante varios años fue tratado de forma disímil por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, se pasó de tener varias posiciones en las que según la Sección que conociera del asunto era posible anular un acto administrativo en el marco de una acción popular, a una solución clara, en la que el juez popular, al momento de resolver sobre la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo, podrá conocer incluso de demandas presentadas contra actos administrativos o contratos. Sin embargo, al juez le está completamente vedado declarar la nulidad de dichos actos, claro está, sin que ello impida que se cumpla la finalidad de la acción popu-

lar, pues como el mismo artículo lo establece, el juez podrá tomar todas las medidas que considere necesarias, una de ellas, si así lo considera pertinente, dejar sin efectos (así sea de forma transitoria) el acto administrativo o contrato que genera la vulneración.

Antes de la expedición y entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, las diversas salas, e incluso dentro de una misma sala, vacilaban entre impugnar o declarar la nulidad del acto administrativo, cuestión que generaba incertidumbre e inseguridad jurídica tanto para los administrados como para la misma organización estatal. La solución esgrimida por la nueva normativa da luz a una sola interpretación y a una sola forma de interponer la acción popular, en el evento de impugnar un acto administrativo contractual cuando afecte derechos colectivos.

En consecuencia, han de existir otro tipo de acciones contencioso-administrativas ordinarias que cumplan con el fin de declarar la nulidad del acto administrativo contractual; no debe ser esta tarea de la acción popular, consagrada en nuestro ordenamiento con otros objetivos.

## Referencias

- Arboleda Perdomo, E. (2012). *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (Segunda ed.). Bogotá: Legis Editores.
- Bastidas Bárcenas, H. (Enero 18 de 2011). *Medios de Control en la Ley 1437 de 2011*. Bogotá: Seminario internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 437 de 2011.
- Botero Aristizábal, L. (2004). *Acción popular y nulidad de actos administrativos: protección de derechos colectivos* (Primera ed.). Bogotá: Legis Editores.
- Camargo, P. (2009). *Acciones constitucionales y contencioso administrativas* (Quinta ed.). Bogotá: Editorial Leyer.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sentencia de 9 de diciembre de 2003. Radicado n.º 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ (C. P.: Camilo Arciniegas Andrade).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 22 de enero de 1987. Expediente 549. (C. P.: Hernán Guillermo Aldana Duque).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002. Radicado n.º 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300) (C. P.: Ligia López Díaz).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 28 de agosto de 2003. Radicado n.º 25000-23-24-000-2002-90178-01 (AP-90178) (C. P.: Ligia López Díaz).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 3 de noviembre de 2005. Radicado n.º 25000-23-25-000-2003-01278-01(AP) (C. P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Radicado n.º 25000-23-27-000-2004-02049-01(AP) (C. P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Radicado n.º 25000-23-25-000-2005-00511-01 (C. P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 18 de 2000. Radicado n.º AP-038DM (C. P.: Jesús María Carrillo Ballesteros).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de junio de 2001. Radicado n.º CE-SEC3-EXP2001-NAP166 (AP 166) (C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 31 de 2002. Radicado n.º AP-52001233100020001059-01 (C. P.: Ricardo Hoyos Duque).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 05 de octubre de 2005. Radicado n.º 20001-23-31-000-2001-01588-01 (AP 01588) (C. P.: Ramiro Saavedra Becerra).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007. Radicado n.º 25000-23-25-000-2005-00355 (AP-00355) (C. P.: Enrique Gil Botero).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de marzo de 2007. Radicado n.º 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052) (C. P.: Ruth Stella Correa Palacio).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de mayo de 2007. Radicado n.º 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP) (C. P.: Ramiro Saavedra Becerra).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Radicado n.º 76001-23-31-000-2005-01423-01 (AP-01423) (C. P.: Ramiro Saavedra Becerra).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de octubre de 2009. Radicado n.º 08001-23-31-000-2005-01917-01(AP) (C. P.: Ruth Stella Correa Palacio).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 23 de marzo de 2011. Radicado n.º 73001-

23-31-000-2007-00127-01(AP)REV (C. P.: Enrique Gil Botero).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 8 de 2011. Radicado n.º 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP) (C. P.: Enrique Gil Botero).

Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-446 de 2007 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; mayo 30 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644 de 2011 (M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio; agosto 31 de 2011).

Decreto 01 de 1984 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Enero 2 de 1984.

Defensoría del Pueblo. (1994). *Acciones populares. Documentos para el debate*. Bogotá: Autor.

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo I* (Décima tercera ed.). Cizur Menor: Civitas.

Güechá Medina, C. (2007). *Contratos administrativos, control de legalidad de los actos precontractuales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez/Universidad Santo Tomás.

Güechá Medina, C. (2011). Los atributos de los actos administrativos estrictamente unilaterales son plenamente aplicables a los contratos administrativos. *Diálogos de Saberes*, 34, 227-239.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. DO n.º 41.094.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. DO n.º 47.956.

Parada, R. (2007). *Derecho Administrativo I. Parte General* (Decimosexta ed.). Madrid: Marcial Pons.

Rincón Gama, J. y Suárez Mejía, H. (2004). *Las acciones populares en el Estado social de derecho: un instrumento democrático y de equilibrio de poder* (Primera ed.). Bogotá: Biblioteca jurídica Diké.