



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:

Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas



Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Mecanismos de protección constitucional frente a la celebración de contratos estatales: particular énfasis en el uso de la acción popular

Resumen

El actual documento, estudia el alcance jurídico que tiene la acción popular, como mecanismo ciudadano que se puede emplear en los casos que lo amerite la contratación estatal. En este sentido, se hace el análisis sobre la naturaleza y materialización jurídica actual de la acción popular, a tenor de las normas que la regulan. A partir de lo desarrollado en el documento, se encuentra que, en el desarrollo jurídico de la misma, la jurisprudencia de las Altas Cortes ha incidido en su delimitación y forma procedimental; lo que le ha permitido mejorar su efectividad como mecanismo jurídico; para la lucha contra la corrupción administrativa.

Palabras claves: Mecanismos de protección constitucional, contratación pública, derechos colectivos, acciones populares, moralidad administrativa

Abstract

The current document, studies the legal scope of popular action, as a citizen mechanism that can be used in cases that merit state contracting. In this regard, is analyzed the nature and materialization of the popular legal action, according to the rules governing it done. From the document developed, it is found that, in the legal development of the same, the jurisprudence of the High Court has influenced its delimitation and procedural form; which it has allowed it to improve its effectiveness as a legal mechanism for combating administrative corruption.

Keywords: Constitutional protection mechanisms, public procurement, collective rights, popular actions, administrative morality

Sumario

Introducción.

1. Acciones de protección constitucional.

1.1. Naturaleza y desarrollo normativo.

1.1.1. Caracterización de la acción popular.

1.2. Jurisprudencia sobre la aplicabilidad de la acción popular.

2. Ámbitos de aplicabilidad frente a la contratación estatal.

2.1. Acciones populares en defensa del derecho a la moralidad administrativa.

2.2. Sobre la nulidad o suspensión del contrato.

2.2.1. Efectos jurídicos del artículo 144 de la ley 1437 de 2011.

Conclusiones.

Bibliografía.

Introducción

La Constitución de 1991, estableció una serie de mecanismos procesales de protección constitucional de derechos colectivos e individuales, los cuales se identifican también como acciones o garantías constitucionales. Estas, se encuentran contenidas en el Título II de la Carta Política, y se identifican taxativamente como las siguientes: la acción de tutela, la acción popular, la de cumplimiento y la acción de grupo.

Dichos mecanismos constitucionales, han sido habilitados para la defensa de derechos colectivos e individuales, bajo unas prerrogativas claramente diseñadas por la jurisprudencia constitucional que, entre otras cosas, permite el uso a la acción popular cuando se estime que la contratación estatal ha ido en contra del derecho colectivo a la moralidad administrativa, o de defensa del patrimonio público (Carrillo, 2006, pp. 25-26).

En el debate jurídico, se marcan pautas de discusión entre quienes aceptan el ejercicio de la acción popular en el marco de la contratación estatal y quienes ven en el mismo, la generación de unos riesgos para el Estado en materia de responsabilidad política y fiscal. Frente a este panorama, se puede afirmar que en la actualidad, la controversia se encuentra de cierta manera resuelta en el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, la cual ha decantado una serie de posiciones que evidencian la pertinencia y justificación en adelantar documentos para el tema señalado.

En este sentido, el objeto de la investigación se establece en la caracterización de la acción popular como mecanismo constitucional idóneo para el control judicial de la contratación estatal, por lo cual, en las siguientes secciones del documento, se aborda el contenido y alcance de la acción popular, en materia de contratación pública, haciendo luego una lectura jurisprudencial de la misma, sobre la que se diseñan las conclusiones del documento.

1. Acciones de protección constitucional

El acceso a la justicia se puede definir como un principio y fin constitucional del Estado Social de derecho, materializable a través de una gran variedad de mecanismos y acciones procesales (Albán, 2009, p. 273). En este escenario, las acciones de protección constitucional forman parte de las herramientas dadas por el constituyente a los administrados, para que estos puedan reconocer que existe un acceso a la justicia, con las novedades que sobre las mismas registra el cambio constitucional de 1991.

En el orden normativo colombiano, las acciones de protección constitucional también definidas como acciones de garantía constitucional (Luna, 2014, p, 10) se encuentran consignadas en el Título II de la Constitución Política de 1991 denominado “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”. Estas, son garantías o mecanismos, que protegen derechos de naturaleza individual o colectivos, siendo definidas por el constituyente como: acción de cumplimiento, acción de grupo, acción de tutela y acción popular.

En la siguiente sección del documento, se profundiza en la caracterización de las acciones de cumplimiento, de grupo y de tutela, haciendo énfasis en su naturaleza y desarrollo normativo; esto con el propósito de revisar su alcance constitucional, para luego ahondar en la acción popular de manera más extensa, al ser la misma la que se establece como el mecanismo constitucional más idóneo, para el seguimiento y cuestionamiento jurídico a los procesos de contratación estatal.

1.1. Naturaleza y desarrollo normativo

Frente a las acciones de cumplimiento, de grupo, de tutela y popular, se puede establecer que estas se presentan como novedad derivada del cambio constitucional de 1991, en tanto el texto que la antecede, es decir, la Constitución

de 1886, tan solo registraba los mecanismos de habeas corpus, derechos de petición (que continúan en este nuevo orden constitucional), y las acciones públicas, que mutan a las acciones que ahora se identifican en la nueva Carta Política (Sánchez, 2004, pp. 11-16), aunque, se debe advertir, que el Código Civil colombiano, contemplaba, sin definición legal, una suerte de acción popular, que se ve formalizada hasta este cambio constitucional (Guayacán, 2005, p. 43).

Volviendo a todas las acciones mencionadas, estas se establecen como necesarias, en la medida que, logran ser funcionales al nuevo esquema de derechos fundamentales y colectivos, asignados a los administrados frente a la formulación de un Estado Social de derecho. Conforme a lo anterior, se reconoce que, la naturaleza jurídica de estos nuevos mecanismos constitucionales, descansa en la necesidad de permitir más y mejores mecanismos de acceso a la justicia, que en lo esencial buscan la protección de los derechos consagrados constitucionalmente.

En este orden de ideas, se considera que, el diseño de los mecanismos de acción constitucional, permite en un marco amplio y claro, a quien en condición de afectación de sus derechos fundamentales individuales o colectivos, pretende acudir a la justicia por diferentes vías y con cierta celeridad, para que esta, conforme a derecho y a través de sus operadores jurídicos, estudie si en efecto existe vulneración de algún derecho o derechos, y en caso de hallarla, fallar, para ordenar a quien corresponda, asumir acciones reparativas o de protección, cuando la afectación, así lo corresponda.

Lo anterior, es lo que precisamente sucede con la acción de tutela, la cual se circunscribe en el artículo 86 Constitucional y se desarrolla, por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992. Por esta acción, cualquier ciudadano puede recibir protección rápida, cuando se vea vulnerado en alguno de sus derechos fundamentales individuales o colectivos; cuando estos tienen conexidad con alguno de los derechos fundamentales, o como recurso, cuando se busca la garantía del derecho individual que involucra intereses individuales o colectivos (Quinche, 2009, p. 22).

Por su parte, la acción de cumplimiento, corresponde a la solicitud que puede hacer también cualquier ciudadano, cuando encuentra que, la administración pública, no cumple u omite de manera efectiva, algunas normas con fuerza de ley insertas en el ordenamiento jurídico nacional; esto, comprendido por supuesto a las leyes expedidas por el Congreso, decretos extraordinarios expedidos por el ejecutivo con autorización del Congreso o, decretos legislativos expedidos por el gobierno en estados de excepción.

La misma se inscribe en el artículo 87 del texto constitucional, y no ha sido ajena al debate frente a sus verdaderos alcances, respecto a si puede poner en riesgo la operatividad del Estado, o en efecto, es un medio consecuente con el Estado Social de Derecho y la búsqueda de acceso a la justicia (Ramelli, 1991, p. 12), debate que, por supuesto, no se desarrolla en el actual documento, puesto que desborda el interés del mismo.

Finalmente en lo que corresponde a las acciones de grupo, su desarrollado normativo -como también el de las acciones populares-, se encuentra consignado en la Ley 472 de 1998, definiendo este tipo de acciones, como aquellas que se encuentran; “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” (artículo 1), conforme a lo estipulado en el artículo 88 de la Constitución Política, que define;

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

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

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

Lo anterior lleva a identificar unas condiciones precisas, sobre las cuales se puede establecer la procedencia de las acciones de populares o de grupo. En el caso de las acciones de grupo, se encuentra que las mismas “son (...) interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”, como lo establece la Ley 472, en su artículo 3, difiriendo de las acciones populares.

Al respecto, se puede hacer mención del trabajo de Benjamín Luna (2014), quien en estudio de los mecanismos jurídicos aplicables contra la corrupción en la contratación, reconoce la importancia de que las mismas sean respaldadas por el Consejo de Estado, en tanto brinda mecanismos de uso por parte de los administrados, en procura de un mayor control sobre la ejecución presupuestal del Estado (pp. 51-52).

En contravía, y como ya se había afirmado, existen posiciones que observan con recelo la aplicación de este tipo de mecanismos en la contratación estatal, y convocan, como lo hace Javier Tamayo (2011), a que se tenga en cuenta que, cuando prosperan las mismas, se puede llevar a situaciones que afecten los alcances contractuales de los contratos estatales (p. 19); en este sentido, sugiere posibilidades en las que los contratistas interpongan demandas contra el Estado, en tanto que el error en algunos casos, no les compete precisamente a estos.

En esta misma posición de debate, también se encuentra el trabajo de Ángela Murcia (2012), quien revisa la capacidad de la acción popular como mecanismo para proteger los derechos colectivos en la contratación estatal, admitiendo la función de control que se puede dar por esta vía; aunque no deja de anotar que existen ciertas falencias, no tanto asociadas en sí al mecanismo, sino a

las decisiones procedimentales tomadas por los jueces en este tipo de situaciones (p. 17)

Se reitera entonces lo ya planteado, respecto a identificar que, las posiciones formuladas desde el debate jurídico, no han presentado una posición unívoca, sino al contrario, estas marcan un debate que tiene su posible resolución, en la jurisprudencia formulada respecto al tema, tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado. Conforme al análisis proyectado a realizar sobre la misma, se puede llegar a recoger posiciones que, marquen finalmente las reflexiones de cierre del actual documento, aunque antes de llegar a dicho punto, aunque, antes de ello, se requiere ahondar en la acción popular, lo cual se hace a continuación.

1.1.1. Caracterización de la acción popular

Como se acaba de hacer mención, las acciones de grupo y las acciones populares se encuentran reglamentadas en la misma Ley 472 de 1998 y, sobre las mismas se señala que; “son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos” (artículo 2), sin embargo, se debe ir a su vez al artículo 4 de la ley en comento, con el fin de encontrar, enunciados de manera más clara, los derechos e intereses colectivos que se pueden acudir a proteger a través de estos mecanismos, siendo ellos;

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas

fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

i) La libre competencia económica;

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente Ley.

Como se logra evidenciar a través de cada uno de los literales señalados y del parágrafo que se suma a los mismos, son amplios e incluyentes los elementos que llevan a considerar la interposición de una acción de grupo o popular. Paralelamente, teniendo en cuenta la jurisprudencia desarrollada al respecto, se encuentra que parte importante de las situaciones, son aclaradas por estas providencias, como también, las condiciones relacionadas con su aplicabilidad, sobre todo en el caso preciso de la acción popular y que es mencionada en el siguiente aparte del documento.

A partir de la definición propuesta, es necesario establecer diferenciales entre las mismas, teniendo en cuenta como se expuso que, la acción de grupo es aquella interpuesta por un grupo de personas, las cuales, bajo condiciones uniformes, demandan un perjuicio individual que se convierte en grupal, al afectar todo el colectivo. Este tipo de acción se defina bajo un fin indemnizatorio, lo cual, eventualmente también puede ocurrir, con la acción popular (Padilla y Vásquez, 2008, p. 33). La diferencia entre las mismas radica en que, la acción de grupo conduce a una reparación de carácter individual, mientras que, en la acción popular, dicha reparación sería colectiva.

Para comprender mejor lo anterior, es necesario seguir en el artículo 2 de la Ley estudiada, por el cual se señala que, 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”, es decir, cuando se hace alusión a “restituir las cosas”, frente al daño ya causado, la reparación por la afectación, en este caso

económica, corresponde a una reparación colectiva (Monroy y Pinzón, 2012, p. 27).

La acción popular, opera entonces como el mecanismo jurídico al que se puede acudir en los casos que se encuentren situaciones que afectan derechos o situaciones colectivas, buscando a través de la misma, la prevención del daño y, eventualmente, la restitución de las cosas a su estado previo cuando el daño es remediable. Por su parte, en la acción de grupo, el daño causado es irremediable, y en este sentido, la acción se adelanta, como mecanismo jurídico para buscar la reparación económica que compense la afectación causada (Londoño, 2009, p. 15).

Conforme a lo anterior, la celebración de actividades contractuales de contratación pública, puede llevar a esta, una vez adelantada sus diferentes etapas, se controvierta jurídicamente su legalidad a través de acciones de grupo o populares; ahora, en la necesidad de profundizar de manera rigurosa en la situación de la nulidad de la contratación estatal, se apela a ahondar tan solo en el caso preciso de la acción popular, ya que es la que puede incidir de manera más clara, en una situación de nulidad, siendo este el aspecto que se desarrolla en la siguiente sección del documento.

Como se ha logrado definir a partir de lo visto, las acciones populares se establecen como mecanismo constitucional por medio del cual se logra reclamar la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con los temas expresamente señalados en la ley, es decir; el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros, definidos por el desarrollo normativo de la misma. Estas pueden ser ejercidas, según lo explica Miguel González por;

(...) toda persona natural o jurídica, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar, las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e

intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los personeros distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia, los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses (2007, p. 53)

Frente a lo anterior, se reconoce un número importante de actores que, pueden acudir a la acción popular, cuando encuentren en alguna situación derechos colectivos tendientes a ser vulnerados, o ya vulnerados, a través de la acción u omisión desplegada por la administración pública, pues como ya se advierte, este mecanismo busca la protección frente al eventual daño, pero así mismo, busca reparar en casos precisos cuando se encuentre que existe un daño ya causado que, merece reparación (Daza, 2009, p. 25).

En este sentido, se establece un panorama inicial sobre la manera como puede ser ejercida la acción popular en el diseño normativo colombiano. Con el ánimo de precisar aún más en el contenido y alcance de las mismas, y antes de entrar en la especificidad de aplicación al caso de la contratación pública, a continuación, se denotan algunos elementos asociados a la lectura jurisprudencial de este mecanismo, que deben brindar mejores elementos para el posterior estudio en el caso preciso de la contratación pública.

1.2. Jurisprudencia sobre la aplicabilidad de la acción popular

En lo anteriormente visto, se precisaba sobre los ámbitos de aplicación de la acción popular en Colombia, que, en lectura jurisprudencial, lleva a lo referido al respecto por parte del Consejo de Estado, el cual, en reiterada jurisprudencia, ha definido el alcance de la misma en los ámbitos expresados en la ley, pero que adicionalmente, lleva a precisiones contenidas en sentencias como la presentada, el 14 de abril de 2005, en la que señala que la acción popular aplica para;

(...) la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando ellos actúen en desarrollo de funciones administrativas. Cabe señalar que tales derechos e intereses colectivos, según lo dispuesto en el parágrafo del Art. 4 de la citada ley, no son únicamente los relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicas, la moralidad administrativa, el ambiente y la libre competencia económica, ni tampoco los enunciados en el artículo 4° 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, según lo dispuesto en el inciso penúltimo de esa misma norma. (Consejo de Estado, Sentencia 1577 de 2005)

En este sentido, los derechos colectivos conducen a su vez, al concepto de los intereses de grupo; también entendidos como intereses colectivos o intereses difusos (Guayacán, 2005, p. 38). El Consejo de Estado, acoge una definición de intereses colectivos o intereses colectivos presentada por la Corte Constitucional, por la que se establece que estos son; "derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas" (Corte Constitucional, Sentencia 569 de 2004); en consecuencia, explica que;

En el marco de las sociedades contemporáneas los derechos e intereses colectivos son sin duda una manifestación de la dimensión social del hombre, de su pertenencia a una comunidad, de su vida como miembro de un grupo, esto es, como parte de la sociedad.

Así las cosas, los derechos e intereses colectivos pueden definirse como aquellos derechos que pertenecen a la comunidad y que tienen como finalidad garantizar que las necesidades colectivas se satisfagan. (Consejo de Estado, Sentencia 1330 de 2011)

Sin embargo, este Tribunal no se queda tan solo en este concepto, y precisa al respecto algunos elementos, recogiendo lo decantado en la literatura jurídica para el caso equipara el interés colectivo con el derecho colectivo; al respecto señala que, el interés colectivo, alude a una comunidad específica, mientras que, en el interés difuso, la comunidad sobre la cual se pretende la protección, es más o menos determinada. En este sentido, el Tribunal consolida una posición, por la cual concluye;

(...) los derechos o intereses colectivos aluden en estricto sentido a un interés particular predicable de un determinado grupo, como, por ejemplo, las asociaciones de vecinos o de defensores del medio ambiente. Por el contrario, los intereses o derechos difusos son aquellos respecto de los cuales no es posible predicar titularidad individual o grupal, sino comunal, noción considerada cercana al concepto de interés público.

(...) los intereses difusos también son definidos como el género, mientras los colectivos son considerados la especie. Es decir, los difusos se identifican con bienes que se refieren a todos y cada uno de los componentes de la sociedad, y los colectivos se refieren a componentes que identifican agrupaciones determinadas. (Consejo de Estado, Sentencia 1330 de 2011)

Se puede por lo anterior afirmar que, los intereses o derechos difusos, no se encuentran claramente defendidos en cabeza de un grupo que reivindique su protección, mientras que los intereses o derechos colectivos, sí; por lo mismo, en el caso de la contratación estatal, es más factible encontrar casos en los que se defienden intereses colectivos, en tanto la acción estatal se proyecta sobre comunidades específicas y, en este sentido, es más factible encontrar la vulneración de los derechos de grupo, aunque, como lo afirma el Consejo de Estado, esta es una discusión que carece de relevancia, en tanto;

(...) la propia Corte Constitucional ha establecido que dicha diferenciación doctrinaria carece de relevancia constitucional en el caso colombiano. En

este sentido, se ha reiterado que "la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término "colectivos". Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común". (Consejo de Estado, Sentencia 1330 de 2011)

De manera más precisa, se encuentra que la vulneración del interés común, en su relación directa con la contratación pública, conduce a tener especial atención sobre los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público. Frente a estos dos aspectos, se avanza en la siguiente sección del documento, donde se busca agotar la discusión respecto a la procedencia, de las acciones populares, como medio de control de legalidad de los contratos estatales, en atención a la vulneración precisa, de los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Dicho lo anterior, se debe considerar que si bien la acción popular no es el único mecanismo reivindicatorio o protector de derechos colectivos en materia de contratación estatal, la misma goza, por su diseño jurídico, de celeridad en su procedibilidad, siendo esto de cierta manera una condición lograda, a partir de la jurisprudencia interpretadora de la misma que, entre líneas, ha encontrado en la misma efectividad para luchar el gran problema administrativo de la corrupción.

El tema de la corrupción, es en efecto una temática bastante amplia, pero directamente relacionada con los motivos que llevaron al Constituyente de 1991, a dotar a los administrados de mecanismos efectivos y con celeridad, para salvaguardar sus derechos individuales y colectivos, de la acción del Estado en todas sus formas y modalidades, sin embargo, para no dejar esto en el amplio análisis al que se podría llevar, se vuelve entonces al caso preciso de la

contratación estatal y, la acción de cumplimiento que, se entra a revisar a continuación.

2. Ámbitos de aplicabilidad frente a la contratación estatal

Por lo general, la acción popular contra la contratación estatal, tiende a encontrar invocada el amparo del derecho a la moralidad administrativa, o defensa del patrimonio público; esto, dado a la exposición que tienen los mismos, a que sean violentados por la acción corrompida de los funcionarios de la administración pública (Luna, 2014, p. 21), lo cual deviene, en que el administrado reclame de las autoridades competentes, acciones encaminadas a evitar la afectación por el eventual daño.

En este sentido, y para efectos de la discusión que se adelanta en el actual documento, es pertinente profundizar en el contenido de las situaciones antes mencionadas, con el propósito de generar mayor claridad respecto a la configuración de la vulneración de los derechos colectivos citados. Para ello, también se acude nuevamente a la jurisprudencia, en cuanto la misma brinda elementos apreciativos, que ayudan en la comprensión de aplicabilidad de la acción popular, en los casos que son objeto de estudio.

2.1. Acciones populares en defensa del derecho a la moralidad administrativa

El nuevo diseño constitucional surtido en Colombia con la Constitución de 1991, reconoció la moralidad administrativa como un principio que identifica la función administrativa; sin embargo, no se quedó solamente allí, ya que como se ha presentado en lo extenso del documento, también se contempló como un derecho colectivo. El constituyente, consideró que todos los administrados debían

esperar del funcionamiento del Estado, la satisfacción de unos intereses moralmente idóneos.

Sobre la idoneidad moral, se puede encontrar amplias referencias de carácter jurídico-filosófico y político, aunque, para efectos de acotar su discusión, se adhiere a lo señalado en el trabajo de Nadya Aranguren y Alejandro Rubiano (2013), quienes, en revisión de los Proyecto de Ley que dan luego origen a la Ley 472 de 1998, ven que allí se consignaba una definición de moralidad administrativa, comentando al respecto;

El proyecto de ley presentado a discusión del Congreso de la República, contemplaba en el artículo cuarto una definición expresa de moralidad administrativa como derecho colectivo, a partir de la cual era entendido como “el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado por los funcionarios de conformidad con los principios y criterios señalados por la constitución y las leyes”. (p. 13)

Lo anterior, reafirma entonces la caracterización hecha sobre la idoneidad, como un referente conceptual asociado a la moralidad administrativa, aunque, también lleva a que se considere que, los principios rectores de la función pública en el Estado social de derecho colombiano, son en sí condiciones sobre las cuales se debe ver aplicada la moralidad administrativa (Matallana, 2015, p. 17); siendo entonces la moralidad administrativa y la idoneidad moral, una doble condición de aplicabilidad al caso de la función pública colombiana.

Al margen de esta diatriba, se debe indicar que la ley sancionada no incluyó finalmente la referencia hecha a la moralidad administrativa, no obstante, se puede ir a los pronunciamientos de Altas Cortes, para verificar la manera como en las mismas, se ha planteado el concepto de idoneidad moral, como condición transversal a la contratación administrativa, sobre todo en los casos de selección de contratistas, donde el régimen de inhabilidades se convierte en el principal aliado del logro del objetivo de la idoneidad. Al respecto en Providencia 31.447 de 2007 del Consejo de Estado, se encuentra consignado lo siguiente;

La consagración del régimen de inhabilidades tiende al desempeño de la función pública por sujetos idóneos mediante la exigencia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella, y a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público; así, las inhabilidades se erigen en "...circunstancias negativas o impeditivas preexistentes para acceder a la función pública (inelegibilidad), evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad, para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, o para acceder a la contratación estatal..." y, por lo tanto, en el ámbito de la contratación pública se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociales, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en intereses superiores.

Sobre concepto referido, la Corte Constitucional ha prolongado en su jurisprudencia, el pronunciamiento realizado al respecto, desde el año 1994, por el cual, califica a la misma como una condición observable como principio y derecho a la vez. La misma, no solo implica la búsqueda del adecuado actuar por parte de las autoridades administrativas, sino también, la conducta esperada por parte de los administrados, de la función pública (Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994); esta posición, ha sido también reiterada por el Consejo de Estado;

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la moralidad administrativa no se predica únicamente del "fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad" (Consejo de Estado, Sentencia 1330 de 2011).

La doble condición señalada sobre la moralidad administrativa, conduce entonces a la existencia de un derecho reivindicatorio por parte de los

administrados que, puede ser solicitado en condiciones sustanciales específicas, siendo estas condiciones también denotadas en la misma jurisprudencia, tal y como lo recoge la Corte Constitucional en Sentencia T-230 de 2011, la cual acoge los criterios del Consejo de Estado, en materia de procedencia de la acción popular, señalando al respecto lo siguiente;

(...) en materia de procedencia de la acción popular para salvaguardar la moralidad administrativa, la jurisprudencia constitucional ha acogido aquella desarrollada por el Consejo de Estado en la materia. Así, en sentencia SU-913 de 2009, mediante la cual se examinaron diversos fallos de tutela relacionados con el concurso notarial, la Corte consideró lo siguiente:

“Precisado lo anterior, los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular por vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa son, según jurisprudencia del Consejo de Estado, los siguientes: 1. La acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública. 2. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad. 3. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó 4. La desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo”.

Según el aparte citado de la Sentencia T-230 de 2011, la Corte Constitucional es clara en definir los términos sustanciales por los cuales se puede encontrar procedente la acción popular, adhiriendo al respecto, a la jurisprudencia generada por el Consejo de Estado en esta vía. A lo anterior suma, una claridad que resulta pertinente para el actual documento; citando la providencia de segunda instancia estudiada para el caso sobre el cual se formula la sentencia y, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Corte considera prudente adherir a la tesis en la cual la Corporación afirma;

Es del caso precisar que, si bien es cierto que la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa se deriva, en gran medida del incumplimiento de la ley, también es cierto que reconocer tal circunstancia no desnaturaliza la acción popular, cuyo objeto en el caso sub-lite se circunscribe a la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, para lo cual no está concebida la acción de cumplimiento. (Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, citada por la Corte Constitucional, Sentencia T-230 de 2011)

En este sentido, si bien la acción de cumplimiento conduce a solicitar a las autoridades administrativas el cumplimiento específico de una ley, la acción popular, es el adecuado camino jurídico a seguir, cuando del incumplimiento de la misma se deriva la afectación de un grupo, o mejor expresado, cuando del incumplimiento de la ley deviene la afectación de un derecho colectivo; conforme a como se proyecta de las posiciones citadas.

De los elementos antes expuestos, se puede deducir con claridad la procedencia de la acción popular, frente a casos de contratación estatal cuando el derecho a reivindicar así lo permita. Esto se reafirma en la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien en la formulación de los elementos puntuales que llevan a la procedencia de la acción popular, encuentra alineada su posición con los pronunciamientos al respecto emitidos por Alto Tribunal Constitucional, señalando al respecto;

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos.

En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba

el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación. (Consejo de Estado, Sentencia 1330 de 2011).

Al llevar lo anterior al caso de la contratación pública, se encuentra que es la corrupción, el aliciente principal por el cual se puede llevar en su momento, a adelantar una acción popular; pues es allí donde se puede ver más vulnerado, tanto la moralidad administrativa, como el detrimento del patrimonio público (Villamizar, 2006, p. 180). Cabe mencionar que, en lo que corresponde al patrimonio público, el derecho persigue que, las autoridades administrativas y demás actores que hacen uso de los recursos y bienes públicos, utilicen los mismos de acuerdo a lo que se consigna en la ley; esto es, en atención a los criterios y principios que rigen la administración de lo público (Botero, 2009, pp. 123-124).

En suma, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, son derechos colectivos que se pueden ver salvaguardados por medio de la acción popular, sin embargo, es fundamental advertir que, estos, no tienen protección exclusiva en este mecanismo, pues en el diseño administrativo de lo público en Colombia, con desprendimiento de la Constitución Política de Colombia, se encuentra un amplio espectro de acciones o procedimientos a adelantar, no solo para lograr proteger estos derechos colectivos, sino en esencia, amparar al colectivo social, de hechos de corrupción presentados en la administración del Estado.

2.2. Sobre la nulidad o suspensión del contrato

Vista la procedencia de la acción popular en el caso de la contratación administrativa, lo que sigue es resolver la inquietud respecto a si se puede

declarar la nulidad o suspensión del contrato, al amparo de lo consignado en la ley, haciendo especial análisis, de lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 (Álvarez, 2011, p. 94), siendo este el tema que se entra a estudiar a continuación. En este sentido, se aborda el contenido temático del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, generando algunas precisiones conceptuales, decantadas en la jurisprudencia.

2.2.1. Efectos jurídicos del artículo 144 de la ley 1437 de 2011

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA], se actualiza el procedimiento administrativo y la jurisdicción administrativa en el país, lo cual trae consigo, novedades y formalizaciones de las actuaciones que se presentan en la jurisdicción administrativa (Duque y Martínez, 2016, p. 82), como sucede con la inclusión de la protección de los derechos e intereses colectivos, consignado en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, por el cual se afirma;

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.

La discusión que descansa aquí, recae en la posibilidad que se le niega al juez, para que este pueda anular el acto administrativo del contrato o, el contrato

en su totalidad, sin embargo, queda abierta la posibilidad para que el mismo repare en otras acciones enfocadas a la búsqueda de la cesación de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, tales como las medidas cautelares, o la suspensión de actividades mientras se definen las situaciones jurídicas que comprometen la discusión de los casos particulares (Chavarro, 2012, p. 37).

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado en Sentencia C-644 de 2011, la constitucionalidad de este carácter restrictivo de la norma, en lo puntual afirma que; “se ha sostenido que el juez mediante esta acción no puede pronunciarse sobre la nulidad de un contrato o de un acto administrativo, toda vez que esta competencia sólo puede ejercerse mediante un proceso ordinario”. Lo expresado, resulta entonces consecuente con el respeto de las garantías constitucionales del debido proceso para el accionado, teniendo en cuenta que, en una acción popular, este no siempre se ve convocado como parte procesal. Al respecto, se debe tener en cuenta también, el inciso tercero del artículo estudiado que consigna;

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.

Se establece por lo anterior que, en lo procedimental, la ausencia de la solicitud ante la autoridad involucrada de la toma de acciones pertinentes para evitar el daño, excepcionalmente, se puede pasar por alto y, tramitar directamente ante el juez administrativo, la acción popular, aunque, como ya se establece de párrafos recientes, al proceso no necesariamente acude el accionado, por lo cual

no se puede llegar a pretensiones como, la solicitud de nulidad del acto o contrato administrativo que conlleva a la discusión jurídica.

En este orden de ideas, la procedencia de una acción popular frente a un acto administrativo asociado a la contratación estatal, o un contrato en sí, no alcanza para llegar a la nulidad del contrato, sino tan solo a decretar la suspensión de su ejecución o, adelantar otras medidas cautelares. Lo anterior, no le quita fuerza a los administrados para subvertir las afectaciones derivadas de la inadecuada ejecución de la contratación estatal, teniendo en cuenta que, en reconocimiento del Estado Social de derecho, el control jurídico no se agota únicamente a este tipo de acciones, sino también existen otras, como es el caso de los procesos de responsabilidad civil, cuyos resultados jurídicos son diferentes a los de la acción popular.

Conclusiones

La acción popular, es una herramienta que, adquiere el carácter constitucional con la expedición de la Constitución de 1991, y se suma, a otros mecanismos también de rango constitucional que, el Constituyente puso en manos de los administrados para amparar sus derechos individuales y colectivos, asignados en la Constitución. En este sentido, la acción popular se puede reconocer, como un mecanismo constitucional para la prevención, aunque no exclusivamente, de los daños que se pueden generar sobre interés común.

En el actual documento, se analizó el alcance y aplicabilidad de la acción popular, para temas de contratación estatal. Se reconoce que, es a través de la contratación ejecutada por la administración pública, que se pueden ver vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público. Al respecto, se considera que cuando un ejecutor de recursos públicos acude a prácticas de corrupción, en esencia se encuentra vulnerando los

anteriores derechos, y de allí el reconocimiento de pertinencia que, tiene la procedibilidad de la acción popular.

Sin embargo, como se presentó en la última parte del documento, por cuestiones asociadas al debido proceso como derecho también de carácter constitucional, el campo de decisión con el que cuenta el juez administrativo, no llega hasta poder considerar la nulidad del contrato, aunque, sí lo dota de la posibilidad de poder desplegar medidas cautelares, que permitan como es la naturaleza de acción popular, detener la afectación o la posibilidad de afectación que puede recaer sobre interés colectivo.

Al revisar su contenido sustancial sobre los derechos reivindicados, se proyecta sobre la acción popular la protección colectiva de la moralidad administrativa y defensa del patrimonio público que, como se encontró en la revisión conceptual de los mismos, es indeterminada su concepción jurídica, de allí que se llegue a formular, un escenario complejo de caracterización práctica. Ahora, en atención también a la lectura desde el servidor público, lo anterior conduce a posibles amplios escenarios de ambivalencia jurídica, que bien se podría revisar en otros documentos realizados sobre la temática propuesta.

Volviendo ahora sobre la voz de los administrados y, su interés por lograr el adecuado manejo de los recursos públicos se debe indicar que, la extensión colectiva de la moralidad administrativa, lo coloca hoy en el rango de un derecho de tercera generación amparable a través de mecanismos constitucionales como el de la acción popular. Como se denota, existe una complejidad comprensiva del tema jurídico objeto de estudio, de allí que se pueda inferir que, su comprensión no se agota en la literatura jurídica y jurisprudencia hasta el momento realizada sobre el tema.

Al cierre y, conforme a los elementos expuestos, se considera que, la acción popular, aparece como un mecanismo jurídico idóneo y al alcance de los administrados, por medio del cual pueden lograr proteger sus derechos colectivos frente a temas puntuales como el relacionado con la contratación estatal. Se debe

advertir que, este no es el único creado por el legislador, en tanto al mismo se suman otros mecanismos jurídicos, políticos e institucionales, que tienen punto de encuentro, en el interés de mitigar la corrupción en el desarrollo de las actividades de la administración pública.

Referencias

Albán, R. (2009). Sociedad civil en la promoción y protección de la democracia en las Américas. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 3(1), 263-294.

Álvarez, M. J. (2011). La acción popular y el desmonte de su perfil preventivo y correctivo a favor de la corrupción con la derogatoria del artículo 40 de la ley 472 de 1998. *Revista Jurídica Piélagus*, 10(10), 90-105.

Aranguren, N., & Rubiano, A. (2010). *Moralidad administrativa como derecho colectivo: análisis desde la jurisprudencia colombiana*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Botero, L. (2009) La anulación de actos administrativos en la acción popular ¿es un ejercicio de una competencia implícita que viola el derecho fundamental al debido proceso? En: Londoño, B. (editora académica). *Justiciabilidad de los derechos colectivos. Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros diez años (1998-2008)* (pp. 122-142). Bogotá: Universidad del Rosario.

Carrillo, J. M. (2006). Del patrimonio público una aproximación al concepto ya su contenido. *Prolegómenos*, 9(17), 23-34.

Chavarro, R. M. (2016). Análisis de las medidas cautelares en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo colombiano, desde una perspectiva constitucional. *Advocatus*, (18), 33-44.

- Daza, D. (2009). *Alcance de las acciones populares que protegen la moral administrativa: estudio de viabilidad en el caso de la contratación estatal en Colombia*. (Trabajo Maestría en Derecho Administrativo). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Duque, C., & Martínez, A. C. (2016). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Contencioso Administrativo y la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia. *IUSTA*, 1(34), 69-86.
- González, M. (2007). *Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Universidad Libre.
- Guayacán, J. C. (2005). La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas: comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. *Revista Derecho Privado*, 9, 35-56.
- Londoño, B. (editora académica) (2009). *Justiciabilidad de los derechos colectivos: balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años 1998-2008*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Luna, B. (2014). *Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia: especial referencia en las acciones constitucionales en la lucha contra la corrupción*. (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Matallana, E. (2015). *Manual de contratación de la administración pública: Reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Monroy, D., & Pinzón, M. A. (2012). Análisis económico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia: el papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos. *Revista de Derecho y Economía*, (36), 11-58.

Muñoz, E. C. (1999). Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia: síntesis de la doctrina constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (3), 271-318.

Murcia, Á. (2012). *Los derechos colectivos y la contratación estatal: la imperativa función de control a través de las acciones populares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Padilla, J., & Vásquez, J. (2008). La nulidad de los contratos estatales en las acciones populares: un estudio doctrinal a la teórica jurisprudencial del Consejo de Estado colombiano. *Justicia Juris*, 10, 23-37.

Quinche, M. F. (2009). *Derecho Constitucional Colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Ramelli, A. (2000). La acción de cumplimiento: ¿Un instrumento jurídico al servicio del Estado Social de Derecho en Colombia? *Revista Derecho del Estado*, (8), 85-125.

Sánchez Torres, C. A. (2004). *Acto administrativo: teoría general*. Legis: Bogotá.

Villamizar, E. A. (2006). El derecho colectivo: "moralidad administrativa" en la contratación estatal Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 8(2), 173-205.

Tamayo, J. (2011). *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Jurisprudencia

Consejo de Estado (14 de abril de 2005). Sentencia 1577. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01577-01(AP).

Consejo de Estado (8 de junio de 2011). Sentencia 1330. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

Corte Constitucional (10 de febrero de 1994). Sentencia C-046. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: D-343.

Corte Constitucional (8 de junio de 2004). Sentencia C-569. Magistrado Ponente Encargado: Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional (31 de marzo de 2011). Sentencia T-230. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional (31 de agosto de 2011). Sentencia C-644. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.