



Riohacha, Distrito Especial, Cultural y Turístico, 19 de abril de 2023.

H. Magistrados
CONSEJO DE ESTADO (reparto)

ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: PROCURADOR 91 JUDICIAL I
PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS.
ACCIONADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
LA GUAJIRA Y SECCIÓN PRIMERA DEL
CONSEJO DE ESTADO.

Cordial saludo:

EDWIN JOSE LOPEZ FUENTES, actuando en mi calidad de Procurador 91 Judicial I para Asuntos Administrativos, por medio del presente memorial, comedidamente, me permito instaurar **ACCIÓN DE TUTELA** (artículo 86° superior, Decreto 2591/91, y el Decreto 1069/11), en aras de que ampare y ordene la protección del derecho constitucional fundamental al debido proceso, vulnerado por el Tribunal Administrativo de La Guajira y la Sección Primera del Consejo de Estado, en el trámite de primera y segunda instancia dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos con radicado 44001-23-40-000-2019-00150-01.

I. HECHOS

Como hechos relevantes que interesan a esta demanda, se tienen los siguientes:

- 1.1. Los Procuradores Judiciales 42, 91 y 202 para Asuntos Administrativos de Riohacha, La Guajira, instauraron el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos frente a varias entidades públicas,² con miras a obtener la protección de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público, los derechos de los usuarios y

¹“artículo 2.2.3.1.2.1 (..) 5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.

² La demanda se dirigió contra los Ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio, Hacienda y Crédito Público y contra el Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha.

Procuraduría 91 Judicial I Para Asuntos Administrativos

Calle 5 No. 6-13

Tel: 7270597

Riohacha- Guajira

TLPECQMF

la prestación eficiente de los servicios domiciliarios de acueducto y alcantarillado³ vulnerados por un acuerdo Municipal que autorizó al alcalde distrital para que constituyera una sociedad de economía mixta organizada como E.S.P. para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado⁴.

1.2. El Tribunal Administrativo de La Guajira, a través de sentencia de 20 de mayo de 2021⁶, negó las pretensiones de la demanda, al considerar entre otros planteamientos, que si bien los actores no solicitan expresamente la anulación del acuerdo, hablan de la suspensión de sus efectos al formular las pretensiones, y no es menos cierto que, la transgresión de los derechos colectivos invocados en los términos que ha sido presentada la demanda, conlleva inexorablemente a realizar un juicio sobre la legalidad principalmente de dicho acto administrativo y tangencialmente de los actos que fueron expedidos en desarrollo de la licitación LP-008-2019.

1.3. Los demandantes, mediante escrito de 27 de mayo de 2021, impugnaron la sentencia solicitando la revocatoria de la sentencia de primera para que se ordene «lo solicitado en la pretensión 2.2 de la demanda»⁷.

1.4. La Sección Primera del Consejo de Estado mediante sentencia de segunda instancia del 3 de marzo de 2023⁸, confirma la sentencia de 20 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira⁹.

II. PRETENSIONES

2.1. Se ampare la protección del derecho constitucional fundamental al debido proceso conculcado por el Tribunal Administrativo de La Guajira y la Sección Primera del Consejo de Estado con la expedición de las sentencias de 20 de mayo de 2021 y 3 de marzo de 2023, respectivamente, en el medio de control de protección de los derechos

³ Literales e, n, y ultimo inciso del artículo 4o de la Ley 472/98.

⁴ Acuerdo 024 de 16 de agosto de 2019.

⁵ SAMAI: actuación 2, descripción 1_ED_00020190015000CU(.PDF) Nr oActua 2, Folio 2 a 54.

⁶ SAMAI: actuación 2, descripción 2_ED_00020190015000CU(.PDF) Nr oActua 2, folio 616 a 640)

⁷ SAMAI: actuación 2 Expediente digital, descripción 2_ED_00020190015000CU(.PDF) Nr oActua 2, folios 656 a 679.

⁸ MP. Roberto Augusto Serrato Valdes.

⁹ SAMAI: índice 14



e intereses colectivos con 44001-23-40-000-2019-00150-01, al efectuar una exegesis contraevidente del contenido del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 y al desatender jurisprudencia con efectos erga omnes emitidas por la Corte Constitucional y unificada de la Sala Plena Contenciosa administrativa. .

2.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se solicita, **DEJAR SIN EFECTOS** la precita sentencia y, en su lugar, se disponga dictar una sentencia que respete el contenido del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 y atienda la jurisprudencia con efectos erga omnes emitidas por la Corte Constitucional y unificada de la Sala Plena Contenciosa administrativa.

III. Legitimación en la Causa por Activa

Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales que se consideran vulnerados, a través de la presente acción están íntimamente ligados a las funciones de la Procuraduría General de la Nación, en la medida en que la transgresión se deriva de una decisión judicial que interpreta en forma contraevidente el contenido del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 sino que desatiende de manera evidente sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Con todo, el artículo 38 del Decreto 262 de 2000¹⁰ señala que los procuradores judiciales tienen, entre otras, la función preventiva y de control de gestión de interponer las acciones de tutela¹¹ para asegurar la defensa del orden jurídico, en especial las garantías y los derechos

¹⁰ “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.”

¹¹ “Funciones preventivas y de control de gestión. Los procuradores judiciales tienen las siguientes funciones preventivas y de control de gestión: 1. Interponer las acciones populares, de tutela, de cumplimiento, de nulidad de actos administrativos y nulidad absoluta de los contratos estatales, y las demás que resulten conducentes para asegurar la defensa del orden jurídico, en especial las garantías y los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente o el patrimonio público. 2. Intervenir en el trámite especial de tutela que adelanten las autoridades judiciales ante quienes actúan, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente, de conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política. 3. Las demás que les asigne o delegue el Procurador General”.

fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente o el patrimonio público.

IV. Procedencia de la Acción

La Sala Plena Contenciosa Administrativa en sentencia de 31 de julio de 2012,¹²unificó la diversidad de criterios que el Consejo de Estado tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales,¹³señalando que debía acometer el estudio de fondo, cuando se estuviera en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros Jurisprudencialmente fijados hasta el momento.

En ese proveído indicó que la justicia constitucional se ha referido en forma amplia¹⁴ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarse en el fondo del asunto -procedencia adjetiva.

4.1 Presupuestos generales de procedibilidad de cara al caso concreto.

En ese orden de ideas, se ha dicho¹⁵que debe verificar en un primer momento que la solicitud cumpla los siguientes presupuestos generales de procedibilidad. *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; y *iii)* inmediatez.

¹² Sala Plena. Consejo de Estado, Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. “... si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente...**”

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹⁴ Entre otras, en las sentencias T-949/03, T-774/04 y C-590/05.

¹⁵ Sección Quinta, CP: Lucy Jeannette Bermudez Bermudez, Rad. 11001-03-15-000-2016-00100-00(AC), sentencia del 7 de abril de 2016.



Pues bien, en el caso concreto, se tiene que la protección no se invoca respecto de un fallo de tutela, habida cuenta, que la decisiones objeto de esta solicitud de amparo excepcional la constituyen las sentencias del 20 de mayo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira el fallo y la de segundo grado expedida por la Sección Primera del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2023, dentro del medio de control de protección de los intereses y derechos colectivos con radicado 44001-23-40-000-2019-00150-01.

Se acredita el requisito de subsidiariedad, habida cuenta, que el Ministerio Público no cuenta con un recurso judicial efectivo para oponerse a los fallos precitados, habida cuenta, que, contra los mismos no proceden recursos ni ordinario ni extraordinarios.

Ciertamente, contra el fallo de primera del 20 de mayo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira procedía el recurso de apelación y este se agotó y el fallo de segunda instancia expedido por la Sección Primera del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2023, no es susceptible de recurso ordinario como expresamente lo determina el artículo 243 A de la Ley 1437/1116.

Además, la Ley 472 de 1998 no tiene previsto el recurso extraordinario de revisión en materia de acciones populares como sí lo hace para las acciones de grupo, para las cuales consagra expresamente la procedencia del recurso de revisión y el de casación según lo indica el artículo 67 de la misma ley¹⁷³.

Finalmente, las sentencias objeto de revisión excepcional no son pasibles del mecanismo eventual de revisión en las acciones populares de qué trata el artículo 272 de la Ley 1437/11, habida cuenta, que el artículo 273 ibidem prevé su procedencia contra las sentencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles del recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

¹⁶ Artículo adicionado por el artículo 63 de la Ley 2080/21.

¹⁷ Recurso Contra la Sentencia.(...) Contra las sentencias proferidas en los procesos adelantados en ejercicio de las Acciones de Grupo proceden el recurso de revisión y el de casación, según el caso, de conformidad con las disposiciones legales vigentes; pero en ningún casos el término para decidir estos recursos podrá exceder de noventa (90) días contados a partir de la fecha que se radicó el asunto en la Secretaría General de la Corporación.”

Pues bien, este asunto, no se presenta la hipótesis normativa, como quiera, que, si bien se impugna la sentencia de 20 de mayo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, dicha providencia fue objeto del recurso de apelación el cual fue desatado por la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2023, también, objeto de impugnación excepcional, y frente a la cual no procede la revisión eventual.

En tercer lugar, el requisito de la inmediatez se cumple a cabalidad, puesto que la acción de tutela se interpone en un tiempo prudencial a la fecha de expedición del fallo de 3 de marzo de 2023, esto quiere decir que, se encuentra dentro del término de los seis (6) meses que se considera oportuno de acuerdo con la jurisprudencia ¹⁸para interponer acción de tutela contra una providencia judicial.

Adicionalmente, se trata de un caso de relevancia constitucional, por encontrarse en debate la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso en virtud de una decisión judicial que interpreta en forma contraevidente evidente el contenido del segundo inciso artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, desatiende la *ratio decidendi* de la Sentencia C- 644/11 que definió el alcance del precitado inciso con efectos erga omnes y desatiende la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre el hecho superado.

Se precisa la existencia del precedente fallado por la Sección Segunda, Subsección “A” el 29 de marzo de 2011,¹⁹ al cual se hará alusión más adelante, en donde uno de los planteamientos fue el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional señalada en la sentencia C-644 de 2011, aspecto, que según las voces de dicha providencia revestía relevancia constitucional, y ameritaba ser analizado por aparte²⁰.

¹⁸ Al respecto ver sentencias T-328/10, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-370/10, (M.P. Mauricio González Cuervo), T-450/12, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-529/12, (M.P. Adriana María Guillén Arango), T-879/12, (M.P. María Victoria Calle Correa), T- 540/14 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-893/14, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); entre otras.

¹⁹ Sección Segunda, Subsección “A”, CP Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00058-00(AC), sentencia del 29 de marzo de 2012.

²⁰ “No obstante, el tercer argumento esbozado, llama la atención de la Sala, pues en él se plantea el desconocimiento, sin fundamento alguno, de la cosa juzgada constitucional señalada en la sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011. Aspecto que reviste relevancia constitucional, y que amerita ser analizado por aparte”.

Por último, los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados fueron alegadas en el proceso judicial con radicado 44001-23-40-000-2019-00150-01, cuando fue posible, esto es, al presentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentos que se constatarán al desarrollar seguidamente las causales específicas.

4.2. Causales específicas.

En este asunto, se verifican dos causales específicas de las que han sido determinadas de manera reiterada por la Corte Constitucional²¹ y recogida por la justicia contenciosa, vale decir, i) defecto sustantivo y ii) el desconocimiento del precedente.²²

4.2.1. Defecto sustantivo de cara al caso concreto

Sobre este defecto la Corte Constitucional en la Sentencia T-367/18 en reiteración jurisprudencial ha señalado:

“La Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha señalado que el defecto sustantivo (o material) se presenta cuando “la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto”.²³ De igual forma, ha concluido que este defecto se ha erigido como tal, como consecuencia de que la competencia asignada a los jueces para interpretar y aplicar las normas jurídicas no es completamente absoluta, aunque se funde en el principio de autonomía e independencia judicial. En cuanto esto se indicó: “[p]or tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico

21 Ibidem. “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. i. Violación directa de la Constitución.”

22 La Corte Constitucional ha definido como precedente judicial “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo” (Sentencia SU-053 de 2015).

23 Corte Constitucional, sentencias T- 008 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T- 156 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y SU-416 de 2015 (MP Alberto Rojas Ríos).

preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.”²⁴

En esta providencia, reitera la Corte las situaciones que pueden presentarse y en las que se puede incurrir en defecto sustantivo:

“(i) la sentencia se fundamenta en una norma que no es aplicable porque a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador;

(ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial;

(iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes;

(iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución;

(v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”;

(vi) la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso; o

(vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto”.²⁵

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 757 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-453 de 2017 (MP Diana Fajardo Rivera) reiterando lo señalado en las sentencias SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), SU-400 de 2012 (MP (e) Adriana María Guillén Arango), SU-416 de 2015 (MP Alberto Rojas Ríos) y SU-050 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Asimismo, la Sección Primera del Consejo de Estado²⁶ haciendo alusión a la jurisprudencia constitucional,²⁷ en forma similar a lo antes expuesto, agrupa este defecto, en i) el defecto sustantivo que plantea un conflicto en relación con la fuente formal de la providencia que se ataca y, ii) el defecto sustantivo en torno al método de interpretación de la norma jurídica que fundamenta la decisión.

En concreto el defecto sustantivo por el cual se ataca excepcionalmente la legitimidad de la sentencia de 20 de mayo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, y providencia de segunda instancia emitida por la Sección Primera del Consejo de Estado de fecha 3 de marzo de 2023, se sustenta en que se i) efectúa una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) del segundo inciso del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, y superlativamente, porque ii) desatienden la Sentencia C- 644/11 que definió el alcance interpretativo del segundo inciso del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 con efectos erga omnes.

4.2.1.1. Interpretación contraevidente (interpretación contra legem) del segundo inciso del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

Primer argumento:

Veamos el contenido fidedigno del artículo 144 en cita, resaltando su inciso segundo:

“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

²⁶ SECCIÓN PRIMERA, CP OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Sentencia del 16 de mayo de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2019-00906-00(AC).

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2017, M.P.: Diana Fajardo Rivera, en la cual se reitera lo señalado en las sentencias SU-399 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, SU-400 de 2012 M.P. (e): Adriana María Guillén Arango, SU-416 de 2015 M.P.: Alberto Rojas Ríos y SU-050 de 2017 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

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”.

Asimismo, notemos la interpretación que efectúa la Sección Primera sobre el anterior texto normativo:

“Cabe resaltar que la atribución conferida al juez popular por el inciso segundo del artículo 144 del CPACA no implica que esa autoridad puede invadir las funciones propias del juez ordinario encargado de efectuar el control de validez de la decisión administrativa. De manera que la frontera del juicio valorativo del juez de la acción popular está demarcada por los argumentos propuestos por el accionante en relación el daño o amenaza que se cierne sobre los derechos colectivos.

En otras palabras, el hecho consistente en que el juez que conoce de la acción popular pueda suspender los efectos de un acto administrativo, no implica que se encuentra habilitado para efectuar un juicio de legalidad, en la medida que dicha valoración escapa del ámbito de protección del medio de control de protección de derechos colectivos. Además, este mecanismo constitucional no se instituyó para desconocer o desplazar las acciones judiciales ordinarias, ni como un procedimiento alternativo o que se superponga frente a los otros. (Lo resaltado es nuestro).

(...)

En ese orden de ideas, la Sala comparte la tesis del *a quo* asociada a **que el juicio normativo que pretenden los demandantes desborda parcialmente las competencias funcionales del juez de la acción porque implica un control de legalidad bajo los parámetros establecidos en el artículo 137 del CPACA.** (Lo resaltado es nuestro).

Pues bien, mientras la norma es clara al señalar la posibilidad de demandar la protección de los derechos e intereses colectivos inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, prohibiéndole al juez contencioso anular el acto o el contrato, y autorizándolo expresamente para que en esos casos adopte las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, la interpretación de las corporaciones judiciales en primera y segunda instancia, le agregan a la norma un entendimiento regresivo no previsto en su literalidad, consistente en que el juez no se encuentra “habilitado para efectuar un juicio de legalidad”.

Lo anterior es contraevidente, habida cuenta, que el dispositivo legal es claro al señalar que lo que está prohibido es anular el acto o contrato y que está habilitado para tomar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza, como por ejemplo la suspensión de los efectos del acto, como lo reconocen las accionadas. Luego, el interrogante obligado, que dicho sea de paso no responden las corporaciones judiciales, sería ¿cómo podría tomar la decisión de suspender los efectos del acto o contrato, si no efectúa el juez de la causa popular un control o análisis de legalidad del acto o contrato?

En términos prácticos, bajo esta lectura, el inciso segundo del dispositivo legal, a partir de dicha sentencia debe leerse de la siguiente manera:

“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 sin que en todo caso esté habilitado para efectuar un juicio de legalidad del acto o contrato.”

Segundo argumento.

Se precisa que la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 13 de febrero de 2018,²⁸ que se recuerda unifica la tesis de la jurisdicción sobre la posibilidad de anular actos o contratos respecto de las acciones populares iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, incluso en el apartado que transcribe y que utiliza la Sección Primera como apoyo de su postura, en ningún momento, limita o restringe los juicios de legalidad de los actos, es más, reconoce tal posibilidad. Nótese:

“(ii) De orden sistemático. 44. El artículo 10.º ib., dispensa al actor de la acción popular de interponer previamente los recursos ante la administración pública, como requisito para presentar la demanda, lo cual se justifica porque el estudio del acto administrativo que se realiza en la acción popular, no se circunscribe a un juicio racional de legalidad, bajo la óptica exclusiva de las causales de nulidad del acto administrativo, esto es, el análisis de la posible infracción de las normas SENTENCIA DE UNIFICACIÓN Radicación: CE-SIJ 25000-23-15-000-2002-02704-01 Demandante: Antonio José Rengifo Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General Marítima y Portuaria de Colombia y otros.

²⁸ Magistrado ponente: William Hernández Gómez (radicación: 25000-23-15-000-2002-02704-01),
Procuraduría 91 Judicial I Para Asuntos Administrativos

26 en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. 45. **En las acciones populares, además de los juicios de racionalidad legal**, en varias oportunidades son más pertinentes los juicios de razonabilidad o ponderación de principios jurídicos en colisión, lo cual implica una visión más amplia del juez, tanto en el análisis, como en las órdenes que deba proferir en la sentencia para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agresión, o restituir las cosas al estado anterior cuando fuere posible”.

Tercer argumento.

Como se expuso en la apelación contra la sentencia de 20 de mayo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, pese a que la sentencia de unificación del 13 de febrero de 2018 precitada, señala adoptar la tesis restrictiva,²⁹ en donde no se permite la discusión de la legalidad del acto administrativo en la acción popular, al considerar que para tal efecto existen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho³⁰, sin lugar a dudas, en el ordinal primero de la parte resolutive, acoge la tesis intermedia, que además, es la hipótesis que recoge el legislador en el inciso segundo del artículo 144 del CPACA. Veamos:

SENTENCIA DE UNIFICACION (ORDINAL PRIMERO)	SENTENCIA DE UNIFICACION (APARTADO 35)
<p>PRIMERO: Se unifica la jurisprudencia respecto de la competencia del juez de la acción popular en materia de actos administrativos, en los siguientes términos: I. En las acciones populares el juez no tiene la facultad de anular los actos administrativos, <i>pero sí podrá adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto administrativo que sea la causa de la amenaza, vulneración o el agravio de derechos e intereses colectivos; para el efecto, tendrá múltiples alternativas al momento de proferir órdenes de hacer o no hacer que considere pertinentes, de conformidad con el caso concreto”</i></p>	<p>35. Las posiciones adoptadas se pueden resumir así: (...) “(iii) La tesis intermedia: Considera que no es procedente la anulación, por cuanto esta solo le corresponde al juez de la acción ordinaria. <u>Con todo, el juez tiene competencia para suspender los efectos del acto.</u> Sobre el particular, la Sección Tercera, en sentencia de 6 de octubre de 2005,⁹⁶ afirmó que dentro de las facultades previstas en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 no se incluyó la de anulación de los actos administrativos, porque tal decisión no se encuentra o deriva de la facultad de impartir órdenes de hacer o no hacer, pero ello no impide «[...] <u>entrar a revisar su legalidad, cuando la vulneración del derecho colectivo sea causa precisamente como consecuencia de la ilegalidad del acto, sin que en ese caso su decisión pueda superar la orden de suspender los efectos del mismo [...]</u>».</p>

²⁹ “49. Lo anterior no sucede con la tesis restrictiva sobre la competencia anulatoria del acto por parte del juez de la acción popular, la cual adopta el Consejo de Estado como criterio de unificación”

³⁰ “(i) Tesis restrictiva: No permite la discusión de la legalidad del acto administrativo en la acción popular, al considerar que para tal efecto existen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho”

Nótese como dicha providencia, luego de señalar la imposibilidad de la anulación de los actos administrativos, porque tal decisión no se encuentra o deriva de la facultad de impartir órdenes de hacer o no hacer, señala expresamente que ello no impide “entrar a revisar su legalidad, cuando la vulneración del derecho colectivo sea causa precisamente como consecuencia de la ilegalidad del acto, sin que en ese caso su decisión pueda superar la orden de suspender los efectos del mismo”

Cuarto argumento:

La doctrina especializada³¹ se inclina por considerar, como es nuestra postura, que una orden de suspensión del acto o del contrato implica un juicio provisional sobre su legalidad, luego, la acción popular sí puede indirectamente convertirse en otro escenario para ventilar la legalidad de los actos y de los contratos estatales.

“El nuevo código plantea la posibilidad de ejercer este medio de control cuando la vulneración 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.” (lo resaltado es nuestro)

Quinto argumento.

La postura impugnada desatiende la finalidad de la acción popular, la cual fue establecida con gran claridad en el denominado caso DRAGACOL fallado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 31 de mayo de 2002,³² en donde señaló básicamente:

³¹ 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 <https://www.consejodeestado.gov.co/webconsejoprueba/wp-content/uploads/Libros/SeminarioIntPresentacionNuevoCodigoProcedimientoAdminContenciosoAdmin.pdf>

³² Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300). “Generalidades de la Acción Popular: Constitucionalmente regulada en el artículo 88 de la Carta Política de 1991, la finalidad de la acción popular es 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 los

- I. El juez está investido de amplias facultades, derivadas de la autonomía procesal que ostenta la acción popular y de la finalidad que ésta busca, que no es otra que la protección de los derechos de la comunidad, razón por la cual tal acción no puede crear conflicto de competencia alguno, dado que dentro de la misma se debaten intereses colectivos ajenos a situaciones particulares que se ventilan a través de procesos individuales diferentes.
- II. Dicha finalidad se desprende de la intención del constituyente quien señaló que, en un Estado Social de Derecho, la comunidad debe tener la posibilidad de exigir a las autoridades, de manera directa, el cumplimiento de sus deberes y el acatamiento de la ley. Señaló además, que no se habían desarrollado instrumentos por medio de los cuales la comunidad pueda obligarla a actuar, en cumplimiento de su deber, o a dejar de hacerlo, para evitar la violación de la norma legal.
- III. El injunction anglosajón, del que se deriva en buena parte la tradición de la ‘acción pública’ o ‘acción popular’, tiene precisamente como propósito obligar a la autoridad a hacer o dejar hacer. Podría decirse que éste es su ámbito de acción por excelencia.

demás enunciados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998. Las conductas violatorias de derechos colectivos, generadoras de la acción popular, están originadas por regla general en el ejercicio de la función regulada en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...” Principios que son objeto de control a través de la acción popular, con miras al estudio de los procedimientos donde presuntamente se involucran el abuso de la función administrativa en beneficio individual, y la recuperación de sumas de dinero que se desvían del patrimonio público a causa de la corrupción administrativa. Para el efecto el juez de instancia está investido de amplias facultades, derivadas de la autonomía procesal que ostenta la acción popular y de la finalidad que ésta busca, que no es otra que la protección de los derechos de la comunidad, razón por la cual tal acción no puede crear conflicto de competencia alguno, dado que dentro de la misma se debaten intereses colectivos ajenos a situaciones particulares que se ventilan a través de procesos individuales diferentes. Dicha finalidad se desprende de la intención del constituyente plasmada en el informe –ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea–, en donde se afirma: “...en un Estado Social de Derecho, la comunidad debe tener la posibilidad de exigir a las autoridades, de manera directa, el cumplimiento de sus deberes y el acatamiento de la ley, como lo propone el Proyecto No. 1. Nuestra tradición jurídica permite demandar penalmente a la autoridad por eludir su responsabilidad, en lo que se denomina el prevaricato por omisión, pero no ha desarrollado instrumentos por medio de los cuales la comunidad pueda obligarla a actuar, en cumplimiento de su deber, o a dejar de hacerlo, para evitar la violación de la norma legal. El injunction anglosajón, del que se deriva en buena parte la tradición de la ‘acción pública’ o ‘acción popular’, tiene precisamente como propósito obligar a la autoridad a hacer o dejar hacer. Podría decirse que éste es su ámbito de acción por excelencia”^[32].

Sexto argumento:

La postura consistente en que el juez del medio de control de los intereses colectivos tiene restringida la posibilidad de efectuar un juicio de legalidad del acto o contrato, deviene en un precedente que desnaturaliza y enerva las acciones emprendidas para proteger a moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, desdeñando importantes victorias obtenidas en materia de prácticas inmorales de la administración pública.

Ciertamente, la Sala Plena del Consejo de Estado mediante sentencia del 1º de diciembre de 2015³³ unificó lo que debe entenderse por el derecho colectivo a la moralidad administrativa enfatizando, en lo que nos interesa para este caso, que son dos los elementos necesarios para que se configure una violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa: uno objetivo y otro subjetivo, definiendo el primero así:

“...Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho. (i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública...”.

Esto quiere decir, que “...si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa”. (lo resaltado es nuestro).

³³ MP. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente radicado 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)
Procuraduría 91 Judicial I Para Asuntos Administrativos

Asimismo, el Consejo de Estado³⁴ ha reconocido que el derecho colectivo la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, *“de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial”* y que la afectación del patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa por cuanto generalmente supone *“la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos”*.

De lo anterior se constata, sin hesitación alguna que en las acciones populares en donde se discuta el quebrantamiento de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público necesariamente debe existir un análisis de la legalidad del acto o contrato para auscultar en el caso del primero el *“Quebrantamiento del ordenamiento jurídico (elemento objetivo), y “que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales”*, en el caso del segundo.

Luego, es evidente que lo anterior, no podría materializarse de salir avante la tesis restrictiva, como la que ahora se ataca, como quiera que le bastará a un juez administrativo o a un Tribunal administrativa exhibir dicho precedente para declararse incompetente para analizar la legalidad del acto o contrato de que se trate.

Con todo, basta recordar algunos casos emblemáticos en donde el juez de la causa popular, no hace otra cosa que efectuar un control de legalidad de la actuación administrativa.

En el caso denominado DRAGACOL fallado por la Sección Cuarta el 31 de mayo de 2002,³⁵ se declaró sin efectos un Acta de Acuerdo Conciliatorio y como consecuencia de ello, se ordenó la administración abstenerse de seguir ejecutando los pagos pendientes, e iniciar las acciones tendientes a la recuperación de las sumas que fueron canceladas. Adicionalmente, se ordenó la devolución de \$17.600.000. 000. En esa oportunidad se dijo:

³⁴ Sección Tercera. Sentencia del 12 de octubre de 2006. Ex. AP 857-01. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 25 de febrero de 2016, rad. 25000232400020120065601.

³⁵ Consejera ponente: Ligia Lopez Diaz, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)

Procuraduría 91 Judicial I Para Asuntos Administrativos

Calle 5 No 6-13

Tel: 7270597

Riohacha- Guajira

TLPECQMF

“De conformidad con las pruebas que obran en el proceso adelantado con ocasión de esta acción, estima la Sala que los representantes del Ministerio de Transporte, de Dragacol S.A. y el Ministerio Público desconocieron el principio de la moralidad administrativa y vulneraron el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, por cuanto está demostrado que algunos de los conceptos materia de conciliación son inexistentes, que no están probados los perjuicios reconocidos, y en consecuencia, las sumas conciliadas exceden su justo valor, además, el compromiso adquirido por DRAGACOL S.A. para desistir de las acciones, no tenía soporte.”

La Sala reitera que resultaron vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, toda vez que se deduce una actuación irregular en la Conciliación llevada a cabo entre el Ministerio de Transporte y DRAGACOL S.A., porque se obró con desgreño, sin transparencia y de manera irresponsable y ávida, al solicitar y reconocer sumas que no eran procedentes, por lo cual se ampararán los derechos colectivos invocados.”

En providencia del 15 de marzo de 2017³⁶ se protege el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, al encontrarse probado el desconocimiento de los principios de legalidad y responsabilidad, propios de la contratación estatal, al quedar demostrado que el municipio en cuestión apropió y destinó parte de su presupuesto para la construcción de una planta de beneficio animal que nunca entró en funcionamiento, y en razón que resultaba necesario la presencia de un interventor desconociendo en los términos del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En ese precedente se estableció:

“De la referida circunstancia, para esta Subsección resulta claro la vulneración del principio de legalidad, por cuanto, el municipio de Barichara -se reitera- hizo caso omiso a la obligación de contratar a una persona independiente de los contratantes para que ejerciera la interventoría para el contrato de construcción y dotación de la planta de beneficio animal (...). [P]ara esta Sala el desconocimiento del principio de legalidad por parte del municipio de Barichara, sí implica per se la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, habida cuenta que la omisión en la contratación a un interventor independiente privó al contrato de obra pública de contar con una persona imparcial que ejerciera una constante vigilancia, coordinación y/o control de la labor a ejecutar por parte del contratista. (...). En este orden de ideas, esta Sala encuentra vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, habida consideración de que con ocasión del contrato celebrado entre el municipio de Barichara y el señor [G.P.D.], se desconocieron los principios de legalidad y responsabilidad, propios de la contratación estatal. (...).”

³⁶ Sección Tercera, Subsección A CP Hernán Andrade Rincón, 15 de marzo de 2017, Rad. 68001-23-31-000-2011-00148-01(AP)

Finalmente, en el caso PARQUESOFT fallado el 2 de diciembre de 2013,³⁷ se probó que EMCALI violó los artículos 2, numerales 2.5 y 2.6; 3, numeral 3.9; 30 y 34 de la Ley 142 de 1994; 3 de la Ley 489 de 1998, esto es, conculcó la libre concurrencia, la imparcialidad y la transparencia en la selección de los proponentes: En esa oportunidad se señaló:

“ Los principios que informan la actividad administrativa, particularmente la moralidad y la defensa del patrimonio público, le exigían al Agente Especial de EMCALI, en la contratación del diseño y ejecución de la Plataforma Tecnológica Integral, la sujeción estricta a las normas de la Ley 142 de 1994 y a la resolución No. 0186 de 2004, con miras a propender porque la libre concurrencia al proceso garantizara la imparcialidad y la transparencia en la selección de los proponentes, dentro del marco de condiciones objetivas con miras a la prestación eficiente del servicio y sin otorgar privilegios injustificados. Siendo así, está claro que el contrato debió responder en todo a los principios de libre competencia, transparencia e imparcialidad que demandaba la ejecución de los recursos públicos, en orden a garantizar su permanencia y viabilidad.

(...)

La invitación a contratar que hiciera EMCALI para el diseño e implementación de su plataforma tecnológica, en cuanto dirigida a una sola entidad la que, además, inexplicablemente, conocía que sería llamada a contratar, adoleció del desconocimiento de los principios y valores constitucionales y las normas que rigen los procesos de selección, pues nada hizo para garantizar la libre concurrencia, la objetividad y la transparencia... la labor del contratista PARQUESOFT consistió en gerenciar la integración de redes, hardware y software, con el fin de soportar un sistema de información netamente comercial para administrar y gestionar las actividades que desarrolla la empresa, elementos todos de fácil adquisición. EMCALI no buscaba ni requería un sistema de información de condiciones científicas o técnicas que no ofreciera el mercado. (...) EMCALI, sin razón que lo justifique e incumpliendo la normatividad que le era aplicable, celebró directamente un contrato sin que la modalidad estuviera permitida, dado que el Proyecto de Plataforma Tecnológica Integral no reúne las características previstas en el artículo 20 de la resolución 0186 de 2004. La Sala concluye, entonces, que el procedimiento previo y posterior, es decir, la invitación directa de EMCALI a PARQUESOFT, como único proponente y la celebración del contrato, contrariaron abiertamente los principios de selección objetiva, concurrencia en condiciones de libre competencia, eficiencia, eficacia, moralidad, transparencia, imparcialidad y publicidad, que según los artículos 2, numerales 2.5 y 2.6; 3, numeral 3.9; 30 y 34 de la Ley 142 de 1994, 3 de la Ley 489 de 1998 y 2, 13, 20, 21 y 23 de la citada Resolución, debían regir el proceso de contratación.

³⁷ Sección Tercera, CP Stella Conto Diaz del Castillo, Sentencia del 2 de diciembre de 2013, Rad 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP)



(...) Para la Sala, el indebido proceder de EMCALI que se deduce de la violación de los artículos 2, numerales 2.5 y 2.6; 3, numeral 3.9; 30 y 34 de la Ley 142 de 1994; 3 de la Ley 489 de 1998 y 2, 13, 20, 21 y 23 de la resolución 0186 de 2004, rectoras de la pulcritud, transparencia y rectitud con que se debió adelantar el proceso de contratar, (...)

Como se advierte, es evidente que el juez en estas causas constitucionales tiene como límite, únicamente, las garantías previstas en el artículo 29 constitucional y a partir de la Ley 1437 de 2011 la imposibilidad de anular el acto o contrato (inc 2 art. 144).

Séptimo argumento.

La sección especializada en estos temas, vale decir, la Sección Tercera, no asume la postura del Tribunal y de la Sección Primera, que en la práctica han terminado auto restringiendo su competencia y, de contera, dando un alcance amplio o extensivo a la prohibición, lo que no es permitido por la jurisprudencia constitucional y contenciosa,³⁸ que solo limita la competencia del juez popular a la nulidad del acto o contrato.

En efecto, dicha Sección en términos generales ha acatado la prohibición normativa de anular contratos públicos en sede popular, como se aprecia verbigracia en un fallo,³⁹ en donde, se revisó el modelo financiero de un contrato de concesión.

En esa oportunidad determinó la precitada sesión que el concesionario no estaba trasladando al concedente los recursos adecuados derivados de la explotación comercial del terminal aéreo, derivados de la falta de claridad sobre el monto de los ingresos por la explotación del

³⁸ La jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-233 /2002, C-551 /03, C-652/2003, C-353/09, C-541/10,) y del Consejo de Estado (Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones no pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el interprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP. Stella Conto Diaz Del Castillo, radicado 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP), sentencia del 29 de agosto de 2014.

terminal, concluyendo que se vulneraban la moralidad administrativa y el patrimonio público. Sin embargo, al acatar la prohibición normativa de anular contratos en sede popular, procedió a dictar varias medidas en donde obligaba a estudiar el monto de ingresos de la explotación comercial, los recursos que ingresaban efectivamente a la entidad pública y, más aún, estableció que, si el modelo que planteaba el contrato era contrario o desfavorable a los fines estatales, el Comité de Verificación del fallo debía replantearlo.

4.2.1.2. No se tomó en cuenta la Sentencia C- 644/11 que definió el alcance del artículo 144 de la Ley 1437/11 con efectos erga omnes

Como primera medida esta desatención fue expuesta en el recurso de apelación contra la sentencia de 20 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira. Nótese:

“Ciertamente, el anterior aserto, se sustenta en la ratio decidendi de la sentencia C644 de 2011, en donde, concluyó el Tribunal Constitucional, que la expresión del artículo 144 del CPACA *“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”*, adopta una solución que se distingue por permitir la conciliación de la existencia simultánea *de dos medios judiciales de atacar la legalidad de un acto administrativo, en un caso, para obtener la nulidad, y en otro para lograr la protección de los derechos o intereses colectivos.*

Pues bien, en la misma línea de los argumentos expuestos con anterioridad pero como una causal autónoma del defecto sustantivo, se precisa que tanto la sentencia del Tribunal Administrativo de La Guajira de 20 de mayo de 2021, como la providencia del 3 de marzo de 2023 emitida por la Sección Primera del Consejo de Estado, desconocen la postura contenida en la sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad, entre otros, del artículo 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011.

El anterior aserto se sustenta en que mientras la *ratio decidendi* de la sentencia C-644/11, determina que la norma demandada concilia la existencia simultánea de dos medios judiciales de atacar la legalidad de un acto administrativo o de un contrato estatal, en un caso para obtener la nulidad, y en otro para lograr la protección de los derechos o intereses colectivos, mas de dos lustros después, las corporaciones accionadas señalan todo lo contrario, vale

decir, que el juez de los intereses colectivos no se encuentra habilitado para efectuar juicios de legalidad cuando la conducta vulnerante sea un acto o un contrato.

Sin entrar en mayores elucubraciones, en aras de patentizar lo anterior, esto es que la *ratio decidendi* de la Sentencia C- 644/11 es desatendida totalmente por la *ratio decidendi* de las sentencias que se impugnan en este caso, resulta apenas necesario, ver en paralelo el antagonismo de las posturas.

<p>Ratio decidendi de la Sentencia C- 644/11</p>	<p>Postura del Tribunal Administrativo de La Guajira y de la sección primera contenida en la sentencia de la Sección Primera el Consejo de Estado de fecha 3 de marzo de 2023.</p>
<p><u>“La expresión demandada adopta una solución que se distingue por permitir la conciliación de la existencia simultánea de dos medios judiciales de atacar la legalidad de un acto administrativo o de un contrato estatal, en un caso para obtener la nulidad, y en otro para lograr la protección de los derechos o intereses colectivos.”</u></p> <p><i>De esta manera, se establecen reglas claras orientadas a la protección de los derechos e intereses colectivos y, al mismo tiempo, se respeta celosamente el derecho fundamental al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de quienes puedan verse afectados por la nulidad de un acto o un contrato estatal, por cuanto como lo ha señalado esta Corporación(...)</i>”</p>	<p><u>“En otras palabras, el hecho consistente en que el juez que conoce de la acción popular pueda suspender los efectos de un acto administrativo, no implica que se encuentra habilitado para efectuar un juicio de legalidad, en la medida que dicha valoración escapa del ámbito de protección del medio de control de protección de derechos colectivos. (...)</u></p> <p>En ese orden de ideas, la Sala comparte la tesis del <i>a quo</i> asociada a <u>que el juicio normativo que pretenden los demandantes desborda parcialmente las competencias funcionales del juez de la acción porque implica un control de legalidad bajo los parámetros establecidos en el artículo 137 del CPACA.</u> (Lo resaltado es nuestro).</p>

Ahora bien, se precisa que en un precedente fallado por la Sección Segunda, Subsección “A” el 29 de marzo de 201,40 en donde uno de los argumentos, precisamente, era el

⁴⁰ Sección Segunda, Subsección “A”, CP Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00058-00(AC), sentencia del 29 de marzo de 2012.

desconocimiento de la cosa juzgada constitucional señalada en la sentencia C-644 de 2011, luego de indicar la precitada sección que la Corte, en su *ratio decidendi*, efectuó un análisis de las características más esenciales de la acción popular, destacó lo antes mencionado, vale decir, que la Ley 1437 de 2011 “zanjó la discusión y permitió la existencia simultánea de dos medios judiciales para atacar la legalidad de un acto, de un lado, y para lograr la protección de derechos colectivos, de otro”.

“Por lo anterior, a pesar de la dicotomía jurisprudencial en torno al asunto de la anulación de contratos estatales vía de acción popular, lo cierto es que al momento de ser proferida la decisión materia de acción de tutela (2 de noviembre de 2011) ya había sido emitida la sentencia C-644 de de 2011, como se indicó.

*“Así las cosas, según el carácter vinculante que ya fue expuesto frente a la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad, se puede concluir, sin lugar a hesitación alguna, que el Tribunal Administrativo del Magdalena estaba obligado a acogerse a la determinación de la Corte que impide que mediante acción popular se dejen sin efectos contratos estatales, y en consecuencia, dado el exhaustivo análisis que efectuó en esa sede, debió acompañar la orden a otro tipo de medidas cautelares que protegieran los derechos colectivos que encontró infringidos, bien confirmando lo dicho por el juez de instancia o diseñando sus propias medidas, pero, se repite, sin entrar a fulminar el contrato estatal suscrito hace más de diez años, pues de otra manera desconocería no sólo el procedimiento diseñado desde antaño por la ley para el efecto, y de contera, el término improrrogable para demandar los contratos estatales.” (Lo resaltado es nuestro)*

En esa oportunidad se concluyó, lo que también aplica para el *sub judice*, que “el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional originada en juicios de control de constitucionalidad constituye una vía de hecho que hace procedente el amparo constitucional de la acción de tutela, pues sus efectos son *erga omnes* y obligan a todos los jueces sin distinción, de otra manera, se desconoce el derecho fundamental al debido proceso en su modalidad del acatamiento a las sentencias de control de constitucionalidad.”

En síntesis, mientras en el precedente del 29 de marzo de 2012 el Tribunal Administrativo del Magdalena se rebeló a la determinación de la Corte que impide que mediante acción popular se dejen sin efectos contratos estatales, en el asunto que nos ocupa, tanto el Tribunal Administrativo de La Guajira como la Sección Primera se rebelaron contra la determinación de la corte que permite la existencia simultánea de dos medios judiciales para atacar la legalidad de un acto, de un lado, y para lograr la protección de derechos colectivos, de otro, al sostener, que en sede de la acción popular el juez no tiene competencia para hacer juicios

de legalidad respecto del acto administrativo causante de violación del derecho colectivo amenazado o trasgredido

4.2.2. Desconocimiento parcial del precedente unificado del 4 de septiembre de 201841 sobre la figura del hecho superado en acción popular.

Sería el caso señalar que los fallos aludidos que encontraron configurado el hecho superado por estar el acto administrativo de autorización⁴² suspendido provisionalmente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁴³ y, que el proceso de licitación que se desarrollaría con ocasión de ese acto administrativo, no se llevó a cabo,⁴⁴ conculca la jurisprudencia unificada, como quiera que la carencia actual de objeto por hecho superado procede siempre que, entre la interposición de la demanda y la sentencia que defina la *litis*, se verifique que han desaparecido las circunstancias que amenazaron o vulneraron los derechos colectivos invocados.

Lo anterior, como quiera que en el caso que nos ocupa, a la fecha de la expedición de dichas providencias, ello no ocurría, como quiera que, como se dijo en apelación el Tribunal y posteriormente la Sección Primera, no acertaron al considerar que la principal finalidad de la acción incoada era suspender los efectos del citado acto administrativo, habida cuenta, que

41 Consejo de Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, CP Stella Conto Díaz Del Castillo, Rad. 05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU, Sentencia del 4 de septiembre de 2018.

42 Se recuerda que mediante el Acuerdo 024 de 2019 se *autoriza al Alcalde Distrital de Riohacha para la constitución de una sociedad de economía mixta para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y se dictan otras disposiciones*.

43 En efecto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Riohacha, mediante providencia de 9 de septiembre de 2020, en el marco del medio de control de nulidad con radicado número 44001-33-40-003-2019-00347-00, decretó «*la suspensión provisional del Acuerdo 024 de 2019 (sic), por medio del cual se autoriza al Alcalde Distrital para la constitución de una sociedad de economía mixta para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y se dictan otras disposiciones*».

44 “Todo lo anterior significa que la afectación de los derechos colectivos a la que aluden los demandantes nunca llegó a concretarse y, por eso, tampoco es posible emitir un pronunciamiento sobre un escenario hipotético de transgresión de los derechos colectivos por cuenta de la creación de una nueva entidad pública, dado que no es posible evaluar si un modelo de prestación de servicios públicos respeta el interés general cuando este jamás entró a operar. Sin lugar a duda, más allá de que el juez contencioso haya decretado la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 024, no existe amenaza o violación de los derechos colectivos invocados por cuanto jamás se materializó la decisión que podría ocasionar tal transgresión.”

la primera y cardinal pretensión era el amparo de los derechos colectivos concretado en la pretensión consignada en el numeral 2.2, esto es, el acatamiento del artículo 34 de la ley 1508/12.45 de la Ley 508/12, aplicable en concepto de Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente a la entidades territoriales,⁴⁶ advirtiéndose que en el nuevo proceso contractual,⁴⁷ la nueva autorización otorgada por el Concejo del Distrito de Riohacha mediante el Acuerdo 008 de 2022, no acataba dicha disposición.

No obstante, si bien a la fecha de expedición del fallo del 3 de marzo de 2023 de la Sección Primera se encontraba suspendida la licitación mientras se realizan unas mesas técnicas de concertación,⁴⁸ se advierte en el SECOP II⁴⁹, que el 31 de marzo de 2023 fue expedida la Resolución 0-311 de 2023⁵⁰ de adjudicación del contrato, por lo cual, indefectiblemente se produce un hecho superado.

No obstante, las corporaciones accionadas desconocieron la segunda subregla de unificación de 4 de septiembre de 2018, habida cuenta, que en esa oportunidad se señaló que el hecho de que, durante el curso de la acción popular, el juez compruebe la desaparición de la situación que originó la afectación de derechos colectivos, no es óbice para que proceda un análisis de fondo, a fin de establecer el alcance de dichos derechos.

*“El hecho de que, durante el curso de la acción popular, el juez compruebe la desaparición de la situación que originó la afectación de derechos colectivos, **no es***

⁴⁵ “ARTÍCULO 34. *Contratos vigentes*. Por lo menos dos (2) años antes de la finalización de los contratos de concesión vigentes a la expedición de la presente ley o de los contratos de Asociación Público Privada que se celebren, la entidad pública contratante preparará el estudio que le permita tomar la decisión de iniciar el proceso licitatorio para la celebración de un nuevo contrato o de dejar que el proyecto revierta a la Nación. En los contratos de plazo variable el interventor o supervisor estimará la fecha tentativa de finalización e informará a la entidad estatal cuándo se puede prever que el contrato terminará dos (2) años antes.”

⁴⁶ Ciertamente en concepto emitido al suscrito procurador el 17 de diciembre de 2019, N° Radicado: 220191300009321, señaló: “En criterio de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente el artículo 34 de la Ley 1508 de 2012 aplica tanto a las entidades que hacen parte del sector central de la Administración pública, como a las que componen el orden descentralizado territorial, funcional o por servicios, en la medida en que el legislador le asignó la obligación de preparar el estudio para definir si celebra un nuevo contrato o recibe el mismo por reversión, “a la entidad pública contratante”, sin distinción que pueda eximir de tal deber a unas u otras según tengan o no personería jurídica.” Ver <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/relatoria/5/2495/1596551074827-201912000006632.docx>.

⁴⁷ Licitación Pública 008 de 2022, cuyo objeto es «contratar la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento de la infraestructura y gestión comercial de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el distrito de Riohacha y zona rural, departamento de la guajira».

⁴⁸ La concertación era entre el Distrito de Riohacha y la Procuraduría General de la Nación, los Ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio y de Hacienda y Crédito Público y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

⁴⁹ <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

⁵⁰ “POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL PROCESO DE LICITACION PUBLICA No. 008 DE 2022, SE ORDENA SU PUBLICACION Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”

óbice para que proceda un análisis de fondo, a fin de establecer el alcance de dichos derechos”⁵¹.

De lo anterior, se extrae que incluso, en la hipótesis que, durante el curso de la acción popular, el juez compruebe la desaparición de la situación que originó la afectación, no le es posible a las Corporación judiciales denegar la suplicas de la demanda, como efectivamente lo hicieron, sino que debieron efectuar un análisis de fondo, a fin de establecer el alcance de los derechos invocados.

V. Pruebas.

4.1 Copia digital de los las sentencia de 20 de mayo de 2021 expedida por el Tribunal Administrativo de La Guajira. (ver también: SAMAI: actuación 2 Expediente digital, descripción 2_ED_00020190015000CU(.PDF) Nr oActua 2, folio 616 a 640)

4.2 Sentencia del 3 de marzo de 2023 de la sección primera del Consejo de Estado. (SAMAI: índice 14)

4.3 Expediente digital: SAMAI: actuación 2 Expediente digital, descripción 2_ED_00020190015000CU(.PDF) Nr oActua 2

VI. Juramento

Manifiesto ante el despacho que asuma competencia, que el suscrito no ha presentado otra acción de tutela respecto de los mismos hechos y derechos.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo, CP Stella Conto Díaz del Castillo, Sentencia del 4 de septiembre de 2018, Rad. 05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU.



VII. Notificaciones

Recibo notificaciones en la Calle 5 # 6-13 Riohacha, La Guajira; Tel: 7270597, Correo notificaciones procuraduria91_riohacha@hotmail.com

A las accionadas en la secretaria general del Tribunal Administrativo de La Guajira stcarioha@cendoj.ramajudicial.gov.co y secgeneral@consejodeestado.gov.co

Respetuosamente,


EDWIN JOSÉ LORA FUENTES
Procurador 91 Judicial I para Asuntos Administrativos