



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: **MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Radicación número: 25000-23-41-000-2017-00083-02 (64048)

Actor: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Demandado: CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS

Referencia: ACCIÓN POPULAR

ACCIÓN POPULAR-No es un medio sucedáneo o alternativo a la acción de controversias contractuales. RESERVA DE LEY Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS-En democracia es la ley, y no el juez, la llamada a definir el alcance de los derechos. MORALIDAD ADMINISTRATIVA-El constituyente reservó a la ley el desarrollo del derecho colectivo. MORALIDAD ADMINISTRATIVA-Problemas derivados de la ausencia de desarrollo legal del derecho colectivo. RESTITUCIONES MUTUAS-La especialidad de la Ley 80 no está en excluir las sanciones que prevé el derecho privado frente a la nulidad por objeto o causa ilícitos a sabiendas.

ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé la sentencia del 27 de julio de 2023, que revocó algunas de las decisiones adoptadas en la sentencia de primera instancia que había accedido a las pretensiones. Ante el incumplimiento del requisito de la petición previa a la autoridad pública encargada de proteger el derecho colectivo, la acción era improcedente. Aunque la falta de agotamiento de este requisito de procedibilidad del artículo 144 CACA era un argumento suficiente para desestimar las pretensiones, acompañé el fallo porque las precisiones que sobre el alcance de los mal llamados «poderes» del juez de la acción popular, son de enorme importancia ante la incertidumbre que han sembrado decisiones como la que estudió la Sala.

1. Comparto plenamente las consideraciones del fallo frente a las limitadas competencias del juez popular. Es cierto que la acción popular no tiene un carácter supletivo o residual frente a otras acciones judiciales, sino que se caracteriza por ser autónoma y principal dado que su objeto es la protección de derechos colectivos. Sin embargo, he sostenido reiteradamente que ello no implica que las facultades del juez de la acción popular sean ilimitadas. Los límites de la acción popular no se predicen no solo del fallo sino también en las medidas cautelares, como acertadamente el fallo expone. Las órdenes del juez no pueden invadir ámbitos reservados a la ley (como señala la sentencia respecto de las inhabilidades), como tampoco de la administración.

Si bien en el campo de la actividad contractual del Estado puede encontrarse involucrado un derecho colectivo, ello no significa que la acción popular sea el mecanismo para estudiar la nulidad del contrato o el incumplimiento de sus



obligaciones, pues la acción popular no reemplaza la acción de controversias contractuales –asunto privativo del juez del contrato (institucional o arbitral)– que, precisamente, está instituida para obtener esas declaraciones y el resarcimiento patrimonial correspondiente¹.

En relación con los procesos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984 -CCA-, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su criterio para advertir que la acción popular no procede para anular contratos estatales, porque ello compete al juez institucional o a los árbitros, posición que está en consonancia con lo dispuesto por el artículo 144 del CPACA para los procesos iniciados después del 2 de julio de 2012².

No podría pensarse en que para evadir la prohibición al juez de la acción popular de anular contratos estatales, esta autoridad optara por medidas alternativas, por ejemplo, la suspensión del contrato o dejarlo sin efectos un contrato -facultad reservada a las partes a través de la institución del mutuo disenso art. 1602 CC-, pues, un proceder en ese sentido, equivaldría a violar un mandato expreso del legislador, mediante figuras que soterradamente pretenden suplir a la nulidad prohibida.

Cada proceso y recurso tienen su función, por ello la decisión de cada uno de ellos debe suponer que no interfiera con los demás, ni que uno le reste eficiencia al otro y tampoco que coexistan varios medios de control o recursos para decidir un mismo asunto. Lo que ocurrió en este proceso impone reflexionar sobre la conveniencia de seguir en este «desorden jurídico» que permite la coexistencia de instrumentos paralelos -acción popular- o sucesivos -acción de tutela- para la resolución de las controversias.

2. Como lo sostuve en la aclaración de voto al fallo de 18 de julio de 2022 [AP 1517], el artículo 88 CN dispone, como es propio de todo sistema democrático, que la ley regulará la acción popular para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados, entre otros, con la «moralidad administrativa» [la *reserva de ley* es la primera y más importante garantía de los derechos de las personas, arts. 150 y 230 CN y arts. 4 y 17 CC]. En consonancia, aunque el artículo 4 lit. b,

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, Rad. 16020 [fundamento jurídico 2], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 788.

² Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 2018, Rad. CE-SIJ 25000-23-15-000-2002-02704-01 [fundamento jurídico 56],



de la Ley 472 de 1998 enuncia la «moralidad administrativa» como derecho colectivo, el párrafo de este precepto es claro en disponer que los derechos e intereses colectivos enunciados en ese artículo estarán –así lo ordena– definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la Ley 472. De modo que más que «desarrollos jurisprudenciales» –que por cierto no han sido uniformes–, con arreglo a la Constitución y a la ley, el derecho colectivo a la «moralidad administrativa» exige una regulación legal previa en cuanto a su definición, elementos estructurales, procedencia y alcance.

Ahora bien, para suplir la ausencia de una definición legal de la moralidad administrativa como derecho colectivo, el Consejo de Estado, luego de diversos y en ocasiones opuestos enfoques jurisprudenciales, sentó un criterio, según el cual dicho derecho se vulnera si una actuación administrativa, que trasgrede el ordenamiento, se origina en la decisión de una autoridad que no satisface el interés público, sino que persigue la consecución de un fin particular alejado al cumplimiento de la ley (desviación de poder)³.

A mi juicio, aunque no desconozco la importante y meritoria labor de la jurisprudencia, al tratar de fijar el alcance del derecho colectivo a la «moralidad administrativa», mientras persista la ausencia de una definición legal, su protección a través de la acción popular seguirá presentando una enorme incertidumbre. Es más, aunque haya pasado un cuarto de siglo desde la expedición de la Ley 472 no sobraría preguntarse ¿puede el juez sustituir al legislador en la regulación de los derechos? ¿el concepto y alcance de un derecho puede quedar subordinado al criterio subjetivo del juez? ¿los cambios de jurisprudencia que se han dado y se seguirán presentando se acompañan con la garantía efectiva de los derechos y con la seguridad jurídica, base de todo Estado de derecho?

3. El fallo se refiere a los efectos que produce la nulidad del contrato [núm. 150]. El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece una regla distinta a la del Código Civil. En el ámbito de la contratación estatal, el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícitos, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Es una regulación

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-000-2007-00033-01 [fundamento jurídico II]. Con salvamentos y aclaraciones de voto.



especial a la general prevista en la legislación civil, porque condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo.

Esta norma especial (art. 5.1 Ley 57 de 1887) no deroga parcialmente las leyes civiles que sancionan la celebración de contratos con objeto o causa ilícitos «a sabiendas» (art. 1525 CC). Las sanciones que el orden jurídico impone a los negocios entre particulares (arts. 6, 16, 1519, 1525 y 1746 CC, en concordancia con los artículos 104, 105 y 899 C.Co) tienen vigencia en los contratos que celebran las entidades públicas (arts. 2 CC), no solo porque el derecho privado constituye el régimen general del contrato [num. 13], sino por remisión expresa del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Al intérprete de la Ley 80 le corresponde armonizar sus preceptos especiales con las normas generales del derecho privado (art. 3 Ley 153 de 1887). Esa interpretación armónica no puede propiciar el desconocimiento a propósito del ordenamiento jurídico, ni la prohibición según la cual nadie puede pretender enriquecimiento derivado del desconocimiento adrede de normas de orden público. La regulación de la Ley 80 no es tampoco contraria, incongruente o incompatible con los mandatos civiles sobre restituciones mutuas. De manera que el artículo 48 de esa ley se aplicaría, únicamente, cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas⁴.

GUILHERMO SÁNCHEZ LUQUE
Firmado electrónicamente a través de SAMAI

PRTB

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Rad. 25560 [fundamento jurídico 8], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 536 y 537, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.