

## Sentencia C- 644/11

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMAS DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Procedencia respecto de normas que aún no han entrado en vigencia pero tienen vocación de producir efectos jurídicos/CORTE CONSTITUCIONAL-Competencia para conocer sobre demandas de inconstitucionalidad de normas con efectos prospectivos

Si bien la vocación de eficacia de toda disposición normativa implica que su vigencia sea, en principio, condición para que pueda producir efectos, no siempre es así, pues una disposición puede encontrarse vigente, pero no estar produciendo efectos; o puede no encontrarse vigente, pero estar produciendo efectos, siendo la misión de la Corte al constatar la inconstitucionalidad de una disposición expulsarla del ordenamiento y con ello impedir que continúe produciendo efectos. También se presenta el caso en que una norma que aún no ha entrado en vigencia porque el legislador postergó la misma, en que dada la “vocación de producción de efectos jurídicos futuros”, esta Corporación ha realizado el control de constitucionalidad. En esta ocasión, las expresiones impugnadas, aún cuando hacen parte de un estatuto que no está vigente, como lo es el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pueden ser examinadas por la Corte, por tratarse de disposiciones que causarían efectos prospectivos.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Procedencia respecto de expresión inexistente en texto de norma demandada/INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Procedencia por norma inexistente

La Corte ha precisado que el control de constitucionalidad debe versar sobre dispositivos normativos existentes, y dado que en el presente caso el actor incumplió con los requisitos mínimos, por cuanto demandó una disposición inexistente, todos los cargos que se relacionan directa o indirectamente con el texto inexistente no pueden ser examinados por la Sala, razón por la que la Corte se declarará inhibida para pronunciarse sobre el citado segmento, por ineptitud de la demanda.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Antecedentes/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Ambitos en que se proyecta/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Competencia para conocer de acciones reparatorias/RESPONSABILIDAD

## PATRIMONIAL DEL ESTADO-Requisitos para su configuración

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. La responsabilidad estatal se concibe como una institución de origen netamente jurisprudencial a partir de la jurisprudencia desarrollada en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado. Respecto al aporte de la Corte Suprema de Justicia, este inicia con la sentencia de octubre 22 de 1896, donde se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos. Con esta decisión se evidencian las modalidades concretas: la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla en el servicio, que acogerá posteriormente la jurisdicción contencioso administrativa. A partir de la expedición de la ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica, y se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas. La jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal. Fue a instancias del constituyente de 1991 que acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo respecto del instituto resarcitorio por actuaciones de los entes públicos y consagró en el artículo 90 de la Carta Política la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas, responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.

## RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Fundamento/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Presupuestos fácticos

La responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO-Servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO-Acción de repetición

La consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, constituye entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas, habida cuenta que la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos, pues también los particulares asumen en él una serie de obligaciones y tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Dentro del marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas, siendo obligación del Estado, repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado.

FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES-Supuestos de procedencia

La Corte ha señalado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, tales como: a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado, en que

el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.; b) La previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas jurídicas o personas naturales) el directo ejercicio de aquellas, sin que se vacíe de contenido la competencia de la autoridad que las otorga, y sin que los particulares por el ejercicio de funciones públicas se conviertan en servidores públicos, siendo apenas evidente que el ejercicio de dichas funciones públicas implica un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad, y asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello conlleva en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil. Luego, es solamente en relación con las funciones públicas y administrativas que claramente establezca y autorice la ley que se predica ese nivel especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia.

ACCION DE REPARACION DIRECTA-Definición/ACCION DE REPARACION DIRECTA-  
Características/ACCION DE REPARACION DIRECTA-Objeto/ACCION DE REPARACION DIRECTA-  
Jurisdicción competente/PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA-Concepto/PRINCIPIO IURA NOVIT  
CURIA-Aplicación en acción de reparación directa

La reparación directa es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada (...) podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado. En el análisis jurídico de la acción de reparación directa opera el principio *iura novit curia*, en la medida que a la persona interesada no le corresponde presentar las razones jurídicas de sus pretensiones, sino simplemente relatar los hechos, omisiones, operación u ocupación, para que el juez administrativo se pronuncie con base en el derecho aplicable al caso.

La acción de reparación directa es procedente para demandar la reparación del daño que deriva de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o

permanente de inmueble por causa de trabajos públicos - o por cualquiera otra causa -, siempre que esta última no consista en un acto administrativo, porque cuando éste es fuente de un daño, la ley prevé expresamente como acción pertinente la de nulidad y restablecimiento del derecho.

ACCION DE REPARACION DIRECTA-Caducidad

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PROCESOS JUDICIALES-Alcance/POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PROCESOS JUDICIALES-Límites

La jurisprudencia constitucional ha señalado que, en virtud de la cláusula general de competencia, al legislador le corresponde regular en su totalidad los procedimientos judiciales y administrativos, por lo que goza de un amplio margen de autonomía o libertad de configuración normativa para evaluar y definir sus etapas, características, formas y, específicamente, los plazos y términos que han de reconocerse a las personas en aras de facilitar el ejercicio legítimo de sus derechos ante las autoridades públicas. Tal autonomía sólo se ve limitada por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, principios que constituyen el límite a los quehaceres del legislador, en cuanto los mismos han de servir para la realización material de los derechos sustanciales.

REPARACION DIRECTA EN NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-No limita ni desconoce pilares de la responsabilidad patrimonial del Estado/REPARACION DIRECTA EN NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Procedencia por daño antijurídico causado por particular que obra por expresa instrucción de entidad pública/REPARACION DIRECTA EN NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Improcedencia por daño causado por particular que no haya obrado siguiendo expresamente instrucciones de entidad pública

Para la Corte, la expresión: “o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”, contenida en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, en nada contraviene las disposiciones constitucionales del preámbulo y los artículos 1º, 2º, 6º y 90 de la Constitución, en la medida que la expresión en manera alguna limita o desconoce los pilares de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues la expresión acusada no debe interpretarse de manera aislada sino de forma armónica con todo el texto que la incorpora.

Así, contrario a lo asegurado por el demandante, en ningún modo la norma consagra una cláusula de irresponsabilidad para el Estado en aquellos eventos en los que no medie instrucción a un particular pero concurren acciones u omisiones de las entidades públicas que ocasionen daños antijurídicos a las personas, y que a la luz del artículo 90 de la Carta comprometerían la responsabilidad del Estado. En el segmento demandado el legislador al extender la responsabilidad a los particulares cuando estos actúen siguiendo una expresa instrucción de las autoridades públicas, no está dando a entender que estos particulares no sean responsables de sus propias actuaciones, tal como lo consagra el Código Civil colombiano en el artículo 2341, ya que resultaría irrazonable que el Estado tuviera que responder por todos los daños cometidos por los ciudadanos en beneficio de los lesionados, cuando no ha mediado una expresa instrucción de una entidad pública sino obrado en el campo o esfera de su vida privada, separado por completo de toda actividad pública. Un orden justo implica considerar que el Estado repare los daños que hayan causado los agentes estatales cuando su conducta le sea imputable al Estado, es decir, cuando hayan obrado con ocasión de sus funciones; y que también repare los daños que causan los particulares, siempre y cuando su conducta sea imputable al Estado.

#### RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO-Alcance

ACCION POPULAR-Definición/ACCION POPULAR-Contenido, finalidad y características/ACCION POPULAR-Legitimación por activa/DERECHOS COLECTIVOS-Características/DERECHOS COLECTIVOS-Medios de defensa

La jurisprudencia constitucional ha definido las acciones populares como el medio procesal con el que se busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidades: a) evitar el daño contingente (preventiva); b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva); c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa). A partir de tal definición, el objetivo de las acciones populares es, entonces, defender los derechos e intereses colectivos “de todas aquellas actividades que ocasionen perjuicios a amplios sectores de la comunidad, como por ejemplo la inadecuada explotación de los recursos naturales, los productos médicos defectuosos, la imprevisión en la construcción de una obra, el cobro excesivo de bienes o servicios, la alteración en la calidad de los alimentos, la

publicidad engañosa, los fraudes del sector financiero, etc.”. La Corte ha precisado que los derechos colectivos se caracterizan por ser derechos de solidaridad, participativos y no excluyentes, de alto espectro en cuanto no constituyen un sistema cerrado a la evolución social y política, que pertenecen a todos y cada uno de los individuos y que, como tales, exigen una labor anticipada de protección y una acción pronta de la justicia, inicialmente dirigida a impedir su afectación y, en su defecto, a lograr su inmediato restablecimiento, lo cual, precisamente, se logra a través de las llamadas acciones colectivas, populares y de grupo. En cuanto a las características que identifican las acciones populares, se destacan: a) Las acciones populares pueden ser promovidas por cualquier persona, natural o jurídica, a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño o amenaza a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley; b) Las acciones populares son ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones y por las mismas causas, contra los particulares, en razón a su posición dominante frente a la mayoría de la comunidad; c) Las acciones populares tienen un fin público, la protección de un derecho colectivo; d) Las acciones populares son de naturaleza preventiva, luego su ejercicio o promoción judicial no está supeditado o condicionado a que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se buscan proteger, basta con que se presente la amenaza o el riesgo de que se produzca el daño; e) Las acciones populares tienen también un carácter restitutorio, en la medida en que persiguen el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses colectivos; f) Las acciones populares no persiguen en forma directa un resarcimiento de tipo pecuniario, aunque en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra el actor popular, o de una recompensa, que, en todo caso, no puede convertirse en el único incentivo que ha de tener en cuenta quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte; g) Las acciones populares gozan de una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos, pues no plantean en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que son un mecanismo de protección principal de los derechos colectivos preexistentes.

ACCION POPULAR-Justificación de su constitucionalización

NULIDAD DE ACTOS O CONTRATOS ESTATALES EN SENTENCIAS DE ACCIONES POPULARES-  
Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la competencia de los jueces populares para decretarla

ACCION POPULAR-Carácter principal y no subsidiario/ACCION POPULAR-Compatibilidad con otras acciones contencioso administrativas

Las acciones populares tiene un carácter principal y su proceso tiene una estructura especial que lo diferencia de los demás procesos de contenido litigioso. La configuración constitucional y legal de las acciones populares permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios. De ahí su compatibilidad con las acciones contencioso administrativas prevista para solicitar la declaratoria judicial de nulidad de los actos o contratos estatales.

ACCION POPULAR-Trámite no supeditado a la existencia de otros mecanismos de defensa ni para desplazar otros medios de defensa ordinarios/ACCION POPULAR-Improcedente para solicitar la nulidad de actos administrativos o contratos estatales

Encuentra la Corte que la expresión: “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”, contenida en el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, y referida a los alcances que los jueces populares deben dar a sus sentencias, no desconoce el debido proceso judicial sino que por el contrario lo fortalece y clarifica los alcances de su competencia, habida cuenta de los desacuerdos y divergencias jurisprudenciales en el Consejo de Estado sobre la materia, resultando válido que haya sido el propio legislador quien, dentro del marco de la potestad de configuración normativa que tiene, haya dado solución definitiva al problema de precisar la improcedencia de que el juez de la acción popular decida sobre la anulación de actos administrativos y contratos estatales, sin que por esta razón se desconozcan el acceso a la administración de justicia o el carácter principal de las acciones populares, que en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción. Se trata pues de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011.

PROTECCION DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS EN CODIGO DE PROCEDIMIENTO

ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Alcance de la competencia del juez popular

Referencia: expediente D-8422

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

Actor: Wilson Ruiz Orejuela

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

#### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, el ciudadano Wilson Ruiz Orejuela solicita a la Corte que declare inexecutable algunas expresiones contenidas en los artículos 140 y 144 de la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

El Magistrado Sustanciador, mediante auto del 24 de febrero de 2011 dispuso: i) admitir la demanda; ii) fijar en lista el asunto y simultáneamente correr traslado al Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto de rigor; iii) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Defensa Nacional, al Ministerio de Transporte, al Ministerio de Minas y Energía, al Consejo de Estado, y a la Contraloría General de la República; y finalmente iv) invitar a las facultades de derecho de la Universidad Nacional de

Colombia, del Norte, del Valle, Externado de Colombia, Libre, Pontificia Universidad Javeriana, del Rosario, de los Andes, Sergio Arboleda, de la Sabana, como también al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, la Corporación de Justicia, al Colectivo de abogados José Alvear Retrepo, a la Comisión Colombiana de Juristas y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, para que aportaran sus opiniones sobre el asunto de la referencia.

## II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

A continuación se transcriben los textos, subrayando los apartes demandados

“LEY 1437 DE 2011

(enero 18)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y

de lo Contencioso Administrativo.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

(...)

ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño. La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2.344 del código civil.

(...)

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

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

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

### III. LA DEMANDA

Para el demandante los apartes acusados del artículo 140 vulneran lo dispuesto en el preámbulo y en los artículos 1º, 2º, 6º, 58, 90 y 229 de la Constitución Política, mientras que

los textos impugnados correspondientes al artículo 144 desconocen lo dispuesto en los artículos 29, 88 y 229 de la Carta.

Cargos contra el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011

Las expresiones atacadas vulneran el preámbulo, el artículo 2º de la Carta en lo referido al orden político y social justo, así como la vigencia de dicho orden y la dignidad humana como principio fundamental del Estado, también desconocen la efectividad de los principios, derechos y deberes como fines del Estado y el fundamento de la existencia de las autoridades públicas para la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades. Añade que también son vulnerados el principio de responsabilidad de las autoridades públicas, regulado en los artículos 6º y 90 de la Constitución Política. Concluye el actor que el inciso demandado también vulnera el acceso efectivo a la administración de justicia establecido en el artículo 229 superior.

En palabras del actor "... según el aparte de la norma demandada, cuando la causa del daño se encuentre en una acción u omisión imputable a las autoridades públicas, el Estado responderá. No obstante, cuando el daño se ha producido a instancia de un particular por infracción de la Constitución y de la ley, su actuación debe estar conforme a expresa instrucción de las autoridades públicas. Nada más alejado del cumplimiento de las funciones y finalidades de las autoridades públicas, las cuales deben su existencia a la protección de todas las personas, en su vida, honra y bienes y para el cumplimiento de los fines estatales, dentro de los que se destacan, garantizar la efectividad de los principios, derechos, deberes y la vigencia de un orden justo, según lo dispone el art. 2 de la Constitución.

En esta medida, no habrá indemnización para el administrado cuando el daño se haya producido por un particular cuando no haya obrado siguiendo expresamente instrucciones de una entidad pública. No es difícil pensar en que cuando el daño se ha originado en un hecho de un particular o en cualquier otra causa que le es imputable, para que opere la indemnización, no necesariamente debe mediar instrucción expresa de las autoridades públicas. Piénsese por ejemplo en que grupos al margen de la ley (guerrilleros, paramilitares, delincuencia común, etc.), que pueden calificarse como particulares accionan una granada o cualquier artefacto explosivo en un centro comercial o en una calle de una ciudad, causando la muerte a algunas personas y heridas a otras. En este caso no existe instrucción expresa de

autoridades públicas; todo lo contrario debe suceder”. (Páginas 4 y 5 de la demanda).

Para el demandante, el Estado debe responder cuando el particular causa daño sin seguir instrucciones de uno de sus agentes, debido a la omisión en el ejercicio de las funciones que corresponde a cada uno de los servidores públicos encargados de la seguridad ciudadana.

Explica el demandante que “Al no permitirse la responsabilidad del Estado por el daño causado a una persona por un particular, sino cuando el mismo se haya ocasionado siguiendo expresas instrucciones de las autoridades públicas, no encuentran realización efectiva la dignidad humana como principio, derechos como la indemnización integral y los deberes de responsabilidad en cabeza de las autoridades, al no cumplir con sus funciones por acción u omisión, que desencadenaron en la afectación de la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de los ciudadanos”. (Ibídem página 6).

En cuanto al último inciso del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, explica el actor que tampoco encuentran realización los valores como el orden jurídico y social justo, por cuanto a pesar de haberse producido un daño antijurídico con el actuar de particulares y de entidades públicas o diversas entidades públicas, a las que se determinó su influencia causal en el hecho y la proporción de la indemnización por la que cada una debe responder, en la práctica, tratándose de una obligación conjunta, cualquiera de las entidades podría responder por el monto total de la obligación.

En su criterio, al prohibirse la aplicación de la responsabilidad solidaria, se frustra la posibilidad de que la indemnización se entregue a la víctima de manera oportuna. Señala que “... ante la renuencia en el pago del monto de la indemnización, la víctima tendrá una carga adicional, cual es incoar procesos ejecutivos (luego de pasados 18 meses de la firmeza del fallo) para que cada una de las entidades cumpla con la obligación declarada en una sentencia. Carga que no se aviene al Estado social justo”.

En concepto del demandante, el texto atacado implica que la víctima o sus familiares que obtuvieron una sentencia en su favor, deberán requerir el cobro directo al particular y a la autoridad pública o cada una de las entidades públicas dentro de los términos descritos por el C.C.A. o en caso de renuencia al pago, iniciar ejecutivamente el cobro, cuando lo propio es que en aplicación del principio de solidaridad la indemnización sea pagada por la entidad que esté en mejores condiciones y luego internamente entre entidades resuelvan sobre el monto

que le corresponde a cada una.

Para el actor los apartes demandados del último inciso del artículo 140 impiden el acceso a la administración de justicia, ya que se limita la efectivización de lo resuelto en la sentencia referido al pago de la indemnización que se tiene derecho, porque pone en cabeza de todas y cada una de las entidades demandadas el pago de la cuota parte que le corresponde de la indemnización y con ello se dificulta arbitraria e irrazonablemente el recibir completa la indemnización respectiva.

Cargos contra el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011

Los apartes demandados restringen el contenido y alcance de las acciones populares, deparan un trato discriminatorio por cuanto mediante acción popular puede dejarse sin efectos o anularse un contrato entre particulares que vulnere derechos colectivos, mientras que si se trata de un contrato en el que aparece como parte una autoridad pública, no se puede hacer; concluye que se viola el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia. En palabras del actor: “Lo regulado en el aparte demandado no se aviene a la prescripción constitucional que estableció la acción popular como medio PRINCIPAL de defensa de los derechos colectivos. En efecto, el aparte de la norma censurada, modifica la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente al establecer en el artículo 88 de la constitución, la procedencia de las acciones populares como medio principal de los derechos colectivos, al restringir su procedencia contra la actividad de una entidad pública vertida en un acto administrativo o un contrato, sin que el juez administrativo pueda en uno y el otro caso, anular el acto o contrato, cuando con los mismos, amenazan o vulneran los derechos colectivos”.

En cuanto a la presunta violación del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, el actor señala que el aparte demandado permite que un acto administrativo o un contrato viole derechos colectivos, sin permitirse la anulación del mismo, cuando las autoridades judiciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 superior, no hace excepciones; luego, la judicatura tiene competencia para hacerlo, condicionado únicamente a la afectación de los derechos e intereses colectivos por amenaza o vulneración de los mismos.

#### IV. INTERVENCIONES

## Entidades Públicas

### 1. Contraloría General de la República

El organismo de control fiscal interviene mediante apoderado para solicitar a la Corte que declare exequible el artículo 140 e inexecutable el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, en los apartes objeto de la demanda. Para fundamentar sus peticiones, el vocero de la Contraloría recuerda cómo un mismo hecho o una conducta contraria a la Ley por parte de un funcionario o de quien desempeña transitoriamente funciones públicas, puede ser objeto de diversas sanciones sin que por este hecho se viole el principio non bis in ídem, porque puede ocurrir que en cada uno de los supuestos se protejan bienes jurídicos diferentes.

En materia de responsabilidad extracontractual, según el interviniente puede afirmarse que la administración pública responderá por los daños causados a terceros siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, bien sea en el caso especial que la ejecución de las obras públicas las adelante con servicio y medios propios, o bien mediante el concurso de un contratista, ya que no debe olvidarse que el titular de la obra pública es siempre la administración, siendo responsable de reparar los daños derivados de tal actividad.

Sin embargo, agrega el agente de la Contraloría, cuando el contratista ocasiona daños a terceros ajenos por completo a la ejecución de la obra, él debe asumir exclusivamente la indemnización por los perjuicios, sin que la administración deba responder directa y subsidiariamente. En este sentido explica que "... todo particular debe respetar las normas de orden público consagradas por el ordenamiento jurídico, y que tanto aquél como las Entidades contratantes deben velar por el cumplimiento de los preceptos jurídicos; no obstante, debe insistirse, es respecto de la administración pública que se hace más exigente el principio de legalidad, razón por la que, en cada caso concreto habrá de analizarse de manera independiente y autónoma la conducta asumida por el particular y por la entidad contratante".

Con estos argumentos solicita a la Corte que declare exequibles las expresiones impugnadas correspondientes al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

Respecto del artículo 144 de la citada Ley, el agente de la Contraloría General de la

República señala que la naturaleza, objeto y características de la acción popular llevan a considerarla como un procedimiento preferencial, despojado de formalismos, destinada a hacer cesar la amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas al estado anterior, en la medida de lo posible.

Por ello, esta acción no procede cuando existen otros medios que tengan la misma finalidad, además por cuanto la acción popular es única e independiente contra acciones u omisiones de la autoridad pública que amenace o vulnere derechos colectivos. Lo que se pretende con esta acción es proteger los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, que pueden ser vulnerados por entidades públicas o particulares. Por tanto, concluye el interviniente, la acción popular es procedente así existan otros medios de defensa judicial que tengan la misma finalidad.

## 2. Ministerio del Interior y de Justicia

Pablo Felipe Robledo del Castillo, quien actúa en nombre y representación del Ministerio del Interior y de Justicia, interviene en el trámite de la acción de inconstitucionalidad, en el que solicita a la Corte la declaratoria de exequibilidad de los apartes demandados.

Considera el vocero de la Entidad que en relación con el artículo 140 la demanda es inepta, por cuanto obedece a la interpretación subjetiva del actor. Para el interviniente no puede deducirse que los actos de los particulares no originen responsabilidad a cargo del Estado, cuando aquéllos se han producido por omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones.

La demanda es inepta en cuanto se formulan cargos basados en una interpretación que no se desprende del texto de la disposición demandada, es decir, ella no recae sobre una proposición jurídica real y existente.

Añade el vocero del Ministerio que la demanda parece basarse en una concepción de la responsabilidad estatal que no guarda correspondencia con lo dispuesto en el artículo 90 superior, por cuanto los cargos refieren al componente omisivo de la responsabilidad: la omisión, la negligencia, el descuido, pero también busca fundamento en el deber de las

autoridades de garantizar los principios, derechos y deberes constitucionales, de los cuales concluye el actor que todo daño causado por un particular debe ser indemnizado por el Estado.

Concluye el interviniente explicando que la norma es exequible al permitir al juez de la acción popular adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos colectivos, sin que por esta razón sean desconocidos los derechos al debido proceso ni el de acceso efectivo a la administración de justicia. Además, no se viola el derecho a la igualdad por haber guardado silencio en relación con los contratos entre particulares, por cuanto la norma hace parte del código de lo contencioso administrativo y por tanto no puede regular asuntos propios de la jurisdicción civil.

### 3. Consejo de Estado

Los doctores Mauricio Fajardo y Ruth Stella Correa Palacio intervienen en representación de la Corporación, solicitando la inhibición respecto de algunos apartes y la exequibilidad de otros fragmentos demandados.

Después de precisar los argumentos del actor, los Magistrados del Consejo de Estado señalan que, contrario a lo expresado en la demanda, el segmento impugnado del artículo 140 está en armonía con lo establecido en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 6 y 90 de la Carta Política, por cuanto no desconoce el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Explican los representantes del Tribunal que el artículo 90 superior elevó a canon constitucional la responsabilidad directa del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de manera que se estableció como cláusula general la obligación reparatoria a cargo del Estado, sin distinción de la actividad por la cual pueda proceder. La responsabilidad reposa sobre la noción de daño antijurídico, entendido como aquel “perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, de manera que emerge la obligación reparatoria del Estado con independencia de si el proceder del agente estatal es lícito o no.

El daño es imputable al Estado cuando el mismo es resultado de la acción o de la omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio o en nexos con él, tomando en

consideración tanto su ligamen fáctico como jurídico, y de conformidad con el fundamento o criterio de responsabilidad de que se trate.

A partir de esta explicación los intervinientes consideran que el demandante hace una lectura e interpretación equivocada del segmento atacado y, en general, del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que el inciso segundo de esta disposición debe leerse de la mano del inciso primero, para colegir que bajo la expresión “agentes del Estado” se encuentran comprendidos tanto los servidores públicos como los particulares que desempeñen funciones administrativas o propias del Estado y que en nexa con el servicio cometan conductas lesivas o violatorias de la vida, honra y bienes de las personas.

Para el Consejo de Estado “... ni por asomo se vislumbra un quebranto a las normas constitucionales indicadas por el demandante, toda vez que la norma legal garantiza el deber de reparar por parte del estado y mantiene indemne a las personas por los daños antijurídicos que les sean ocasionados por las autoridades públicas o, mejor aún, por los agentes del Estado.

Ahora bien, una lectura atenta del inciso segundo del artículo 140, permite colegir, sin hesitación alguna, que la expresión de la norma censurada por el actor es desarrollo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del estado, a través del medio de control de reparación directa por daños extracontractuales que se produzcan por la acción u omisión de sus agentes y además es complemento del supuesto o regla de que trata el inciso primero de la disposición

...

Los ejemplos que en la sustentación de los cargos trae a colación el demandante en materia de daños producidos a las personas por la perpetración de actos terroristas por parte de organizaciones al margen de la ley (subversión, paramilitarismo o delincuencia organizada) o con elementos de propiedad de las entidades públicas (vehículos oficiales) son casos que han sido resueltos, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, con plena aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, cuando, pese a la concurrencia de la actuación de terceros, al estado le son imputables esos daños por la propia acción u omisión de sus agentes”.

Para el Tribunal la expresión demandada es lógica y se ajusta a la Constitución Política, en la medida que se trata de un supuesto más, no el único, en que puede comprometerse la responsabilidad estatal, es decir, cuando un particular siguiendo órdenes expresas de una autoridad pública ocasione un daño antijurídico. En el texto no hay cláusula de irresponsabilidad como lo cree el demandante.

En lo relacionado con el último aparte del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, considera el Consejo de Estado que la demanda adolece de ineptitud sustantiva por inexistencia del segmento normativo acusado. El actor demanda la expresión “La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2344 del código civil”. Este fragmento no existe, no hace parte del texto del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 publicado en el Diario Oficial número 47.956 de 18 de enero de 2011.

En cuanto al artículo 144, el Tribunal señala que la medida adoptada por el legislador en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción; el legislador busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración, al establecer que en acciones populares no es factible anular contratos o actos administrativos, en tanto para ello están las acciones contencioso administrativas pertinentes. Para el Consejo de Estado:

“La disposición acusada, es pues desarrollo de la libertad de conformación que le asiste a nuestro órgano de representación popular, por expresa habilitación constitucional. Tan claro es que no cercena los claros poderes del juez de la acción popular que, a continuación dispone que no obstante no estar habilitado para anular contratos o actos administrativos, el juez puede adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

El hecho de que no se puedan anular contratos o actos administrativos, asunto reservado a otro tipo de medios de control judicial de la administración, no inhibe al juez en sus amplios poderes. El hecho de que se impida que por este medio se creen institutos sucesivos o paralelos a los previstos por el legislador para la anulación de actos administrativos o contratos no entraña una violación de la Constitución, sino por el contrario su desarrollo armónico. Tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el orden y la seguridad jurídica imponen que la utilización de los medios de defensa judicial se haga en forma

racional, de manera que no se interfieran o anulen entre sí”.

En relación con los cargos basados en la presunta violación del derecho a la igualdad, el Consejo de Estado manifiesta que el legislador no incurrió en una actuación desproporcionada ni irrazonable que permita inferir tal tipo de violación, por cuanto la contratación estatal es una manifestación de la función administrativa, mientras que la contratación privada es desarrollo de la autonomía negocial; es decir, son dos asuntos diferentes, no comparables, como lo pretende el actor.

Frente a los cargos por presunta violación del debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, la Corporación explica que las razones expuestas por el actor no cumplen con los criterios de pertinencia y suficiencia que según la Corte deben acompañar el concepto de violación. Son puntos de vista subjetivos, de conveniencia, antes que un ataque de constitucionalidad.

#### 4. Ministerio de Defensa Nacional

Considera la representante del Ministerio que la demanda adolece de ineptitud sustantiva, porque el accionante no identifica con exactitud los cargos frente a la presunta vulneración de derechos constitucionales, sus razonamientos son dispersos, inexactos y vagos.

Sin embargo, considera que se debe declarar exequible el aparte demandado correspondiente al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto los particulares pueden ejercer funciones públicas, sin que la entidad pública titular de la prestación del respectivo servicio pueda sustraerse de la obligación que le corresponda.

#### 5. Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio interviene mediante apoderado especial, solicitando a la Corte se declare inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda o en su defecto, se declare la exequibilidad de los artículos 140 parcial y 144 parcial de la Ley 1437 de 2011, en consideración a que el actor se limita a enunciar y transcribir las normas que considera violadas sin precisar de manera clara y concreta los argumentos en los cuales fundamenta sus pretensiones, realiza una lectura superficial de las normas acusadas, las transcribe y compara formalmente, emite juicios de valor y hace consideraciones imprecisas que no permiten confrontar la norma

acusada con el texto constitucional invocado.

A su juicio, el artículo 140 demandado comprende el daño antijurídico, el cual no está limitado a que sea producido por instrucción expresa de alguna autoridad pública; además de ello, el inciso demandado establece que el Estado responderá entre otras “por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública”. Sostiene que de la redacción del texto legal no se evidencia confusión en los destinatarios, por lo que la misma ofrece estabilidad y certeza jurídicas; así, los cargos contra la norma acusada no están llamados a prosperar.

En relación con los cargos formulados contra el inciso segundo del artículo 144 de la misma Ley, manifiesta que lo pretendido por la norma es la diferenciación del objeto procesal en las acciones de nulidad y en las acciones populares; por lo tanto, procederá la suspensión del acto administrativo o del contrato para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos y su nulidad será debatida en ejercicio de la acción pertinente. Tal situación no atribuye una calidad subsidiaria a la acción popular; por el contrario, su configuración constitucional y legal permite su procedencia de manera autónoma e independiente frente a los medios de defensa judicial ordinarios.

Aunado a lo anterior, la Ley 472 de 1998 no consagra la posibilidad de anular actos administrativos o contratos estatales ni particulares. Sobre estos últimos precisa que no es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa dirimir las controversias surgidas entre particulares; según criterio del interviniente, el legislador no podía pronunciarse respecto a la posibilidad de anular contratos netamente particulares en la Ley 1437 de 2011 porque no hace parte de la materia legislativa contenciosa administrativa.

## 6. Ministerio de Transporte

El apoderado especial del Ministerio de Transporte al efectuar su intervención, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas.

Frente a los cargos propuestos contra el inciso segundo del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 señala que las expresiones acusadas, contrario a lo manifestado por el actor, elevan los valores axiológicos de justicia y dignidad humana, “a las nuevas operaciones del Estado a través de particulares, de donde condición sine qua non es la expresa instrucción de la autoridad para la ejecución que eventualmente ocasione el daño antijurídico dentro de los

presupuestos de falla del servicio, lo cual responde al orden de actuación del Estado, excluido de ese plano la actividad privada particular de cualquier ciudadano que por el hecho de ser dañosa en el plano colectivo no es imputable a la configuración y actividad de la administración del Estado con el simple juicio de atender a condiciones de antijuridicidad”.

## Instituciones Académicas

### 1. Universidad Nacional de Colombia

La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, con el apoyo del profesor Mauricio Reyes Betancourt y del Grupo de Derecho Constitucional del Consultorio Jurídico de la Facultad, rinde concepto en el que considera en primer lugar, que la modificación introducida por el inciso segundo del artículo 140 demandado, reconoce el concepto de “agente del Estado”, categoría en la que se incluye al particular que ejerce funciones de carácter público; en consecuencia, “la Ley pretende que quienes ostentando tal calidad, ocasionen un daño antijurídico, estén llamados a concurrir junto con el Estado en el pago de las indemnizaciones a que haya lugar, bien sea dentro del proceso, a través del llamamiento en garantía, o a través de la acción de repetición, o como responsable directo de reparación directa (art. 140 inc.3)”.

Así, solicita la exequibilidad condicionada del aparte “que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma” del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido que se entenderá responsable al particular en aquellas situaciones en las cuales esté directamente bajo la tutela de la autoridad administrativa sin que pueda exigir que “este obrando siguiendo una expresa instrucción de la misma”.

En relación con el aparte demandado del artículo 144 de la misma ley, alude al principio de juez natural contenido en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política con la finalidad de diferenciar las competencias de los jueces de lo contencioso administrativo y su alcance, cuando conocen de acciones que pretenden hacer cesar la vulneración de los derechos e intereses colectivos, “en el entendido de que si la ley que regula la materia no contempla la anulación de los actos administrativos o los contratos que en algún momento vulneren derechos colectivos, no puede el juez de conocimiento atribuirse esta competencia, en ninguna de las jurisdicciones”.

Por lo expuesto, solicita la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

## 2. Universidad Externado de Colombia

El Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia allega concepto elaborado por el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo, cuyo contenido se circunscribe a precisar las razones por las cuales son exequibles los preceptos jurídicos impugnados.

Sobre el particular afirma que, “Resultaba, en consecuencia, necesario complementar la referida disposición para que pudiese, de manera expresa, incluir aquellos eventos en los cuales si bien se produce ocupación de bienes inmuebles, esta es producida por particulares -y por tanto, en principio, imputable a ellos- pero que al haber obrado siguiendo instrucciones de las autoridades públicas resulta comprometida la responsabilidad estatal, tal como la jurisprudencia ya lo había puesto de presente...”

Concluye que no le asiste razón al actor en relación con la interpretación que da a la norma, puesto que i) si la ocupación es producida exclusivamente por un particular sin que medie instrucción por parte de las autoridades públicas, la responsabilidad que pueda originarse debe alegarse ante la jurisdicción ordinaria, con fundamento en las normas del Código Civil; ii) los ejemplos que se traen en la demanda no se encuentran comprendidos en el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa consagrado en la actualidad en la Ley 1107 de 2006 y previsto en los artículos 103 y siguientes del nuevo Código; iii) el aparte normativo impugnado incorpora el criterio jurisprudencial según el cual se compromete la responsabilidad del Estado en los casos en los cuales la ocupación temporal o permanente de inmuebles privados se verifica por parte de particulares que obran siguiendo instrucción expresa de las autoridades.

En segundo lugar y frente a los cargos contra el inciso segundo del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 aduce que la acción popular procede cuando la causa de la endilgada amenaza o vulneración de los derechos colectivos la constituye un acto administrativo o contrato estatal; respecto a la viabilidad jurídica de decretar la nulidad de los actos administrativos o contratos estatales en la respectiva sentencia dictada al resolver una acción popular, afirma que se han esgrimido diferentes criterios jurisprudenciales, los cuales son suficientemente

explicados en el concepto allegado.

En todo caso, afirma que de acuerdo con el artículo 88 de la Constitución Política, se defirió al legislador tanto la regulación de la acción popular como la determinación de los otros derechos colectivos que pueden ser protegidos mediante dicho instrumento jurídico; por lo tanto, en desarrollo de tales atribuciones se expidió la Ley 1437 de 2011, en cuyo artículo 144 además de definir la acción popular como una acción pública y establecer su finalidad, consagra su procedencia cuando la causa o amenaza de la vulneración del derecho colectivo sea un acto administrativo o un contrato estatal, eventos en los cuales el Juez no puede anular ni el acto ni el contrato, pero sí tiene atribuciones para adoptar las medidas que encuentre necesarias con la finalidad de hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos.

Para el interviniente, “teniendo en cuenta que respecto de la configuración de la Acción Popular, el legislador cuenta con mandato superior expreso que le atribuye una amplia libertad de configuración normativa y que, por lo demás, ante los criterios jurisprudenciales diversos y encontrados, la decisión legislativa otorga un margen de certeza jurídica mayor al anteriormente existente, consideramos que el aparte normativo impugnado resulta, en cuanto a los cargos formulados, plenamente ajustado a la Constitución Política”.

### 3. Universidad del Rosario

El Doctor Alejandro Venegas Franco, en calidad de Decano de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario inicia su intervención señalando que el actor hace una interpretación incorrecta de la finalidad del Estado comprendida en las normas constitucionales, al señalar en la demanda que cualquier tipo de amenaza o daño, producto de acción u omisión, a una persona individual o colectiva en Colombia, debe imputarse únicamente al Estado; es decir, da por sentado que para “garantizar la efectividad de los principios, de los derechos y deberes y la vigencia de un orden social justo” el Estado debe responder e indemnizar cualquier tipo de amenaza o daño, sin considerar la fuente de responsabilidad de las personas del derecho civil, de las personas naturales o jurídicas.

A su juicio, en “el concepto de la vulneración” de la demanda se enuncian las disposiciones constitucionales que se consideran quebrantadas con las normas demandadas, sin expresar verdaderamente la forma cómo se transgrede el orden constitucional; el demandante centra su disertación en suposiciones y opiniones personales que no se pueden validar jurídicamente como un concepto de violación del orden constitucional.

En cuanto a las pretensiones del actor respecto del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, advierte que no tienen vocación de prosperidad puesto que lo que se procura con la demanda es que se responsabilice al Estado de cualquier daño, sin atender la imputabilidad que constituye un elemento esencial del régimen de responsabilidad de la persona jurídica estatal.

Sobre el segundo precepto demandado, esto es, el artículo 144 de la misma Ley y en relación con el alcance de las acciones populares, explica que dicho precepto reitera que si lo pretendido es obtener la nulidad de un acto o contrato, se debe hacer uso de las acciones ordinarias; así mismo, el legislador señala expresamente que el Juez puede conocer de demandas sobre vulneración de derechos e intereses colectivos inclusive, cuando “la conducta vulnerante sea un acto administrativo o contrato”; así mismo se faculta al Juez para que adopte las medidas que estime necesarias con la finalidad de hacer cesar la vulneración, por lo que no se vislumbra limitación alguna en el alcance de las acciones populares, sin perder de vista que el objeto de la referida acción no es la anulación de actos o contratos, puesto que ello hace parte del ámbito de las acciones ordinarias, sino la protección frente a la amenaza o vulneración de derechos colectivos lo cual puede hacer el Juez sin necesidad de entrar a adoptar medidas que son objeto de otro tipo de acciones.

Con fundamento en lo expuesto considera que las expresiones demandadas de los artículos 140 y 144 de la Ley 1437 de 2011 deben declararse ajustadas a la Constitución Política.

#### 4. Universidad Libre

La Universidad Libre por intermedio del doctor Jesús Hernando Álvarez Mora, Decano de la Facultad de Derecho, presenta su intervención en la que solicita la inexecutable de las normas demandadas.

En relación con el aparte del inciso segundo del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011,

entiende que no habrá indemnización para el administrado en el evento en que el daño sea producido por un particular, cuando no haya obrado siguiendo expresamente instrucciones de una entidad pública. Le da la razón al demandante al señalar que si el Estado a través de uno de sus servidores públicos ha dejado de actuar y los particulares por tal omisión del Estado ocasionan el daño, habría irresponsabilidad estatal.

De la misma forma comparte los argumentos del actor frente a los cargos propuestos contra el artículo 144 de la Ley 1437 ibídem, ya que en su criterio, tal como se expuso en la demanda, el aparte acusado de la norma convierte en subsidiaria y residual una acción que es de naturaleza principal, “de allí que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sí está facultada para anular los actos administrativos o contratos que amenazan o vulneran derechos colectivos”.

#### 5. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El doctor Martín Bermúdez Muñoz interviene en el asunto de la referencia conforme a la designación conferida por el doctor Jairo Parra Quijano, Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, intervención encaminada a demostrar la constitucionalidad de las normas sometidas al control de esta Corporación.

En efecto, manifiesta que el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 no contradice las normas constitucionales invocadas por el contrario, desarrolla lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política.

Advierte que el artículo 140 de la referida ley extiende la responsabilidad del Estado a los eventos en los que, quien causa el daño con su acción u omisión no tiene la condición de agente estatal sino que es un simple particular. “Lo hace porque supone que puede estar vinculada al Estado sin tener la condición de agente estatal y, para tal caso exige que dicho particular “haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma...”. En ese caso, esta es la condición que establece la norma para que su conducta pueda imputársele a la entidad estatal y por ende, ésta deba responder”.

Agrega que “...Un orden justo implica considerar que el Estado repare los daños que hayan causado los agentes estatales cuando su conducta le sea imputable al Estado, esto es cuando hayan obrado con ocasión de sus funciones; y que también que (sic) repare los daños

que causen los particulares, siempre y cuando su conducta sea imputable al Estado”.

Según su criterio, debe precisarse que para el correcto entendimiento de la norma es que “ella no excluye la responsabilidad del Estado cuando el daño haya sido causado por la acción o la omisión de una Autoridad Pública”.

Manifiesta que en los ejemplos citados por el demandante se evidencia que el daño no se produce en forma exclusiva por la actuación del particular sino por la omisión de un agente estatal, caso en el cual el Estado deberá responder.

En cuanto al aparte demandado del artículo 144 de la misma ley, considera que no es inconstitucional ni contraviene lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución Política. De la lectura de tal precepto, deduce que la acción popular no fue concebida por el legislador como un mecanismo a través del cual el Juez competente pueda decretar la anulación de un acto administrativo o un contrato. La decisión del Juez debe comprender solo las medidas -de hecho o materiales- necesarias para evitar la vulneración de los intereses colectivos, medidas que pueden adoptarse sin que sea necesario anular el acto administrativo o el contrato que constituya el origen de la violación del derecho colectivo o que está involucrado en el mismo, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente preventiva de esta acción.

Aunado a lo anterior añade que “resulta equivocado considerar que el respeto de la presunción de legalidad del acto constituye un obstáculo para que el Juez de la Acción Popular logre proteger los derechos e intereses colectivos y que por lo tanto es necesario que dicho Juez cuente con competencia para anularlos”.

Y con base en lo expuesto, solicita denegar la solicitud formulada por el demandante y por lo tanto, declarar exequibles las normas demandadas.

1.- Los ciudadanos Jeimmy Patricia Chaparro Ospina y Jairo Eisenhower intervienen con la finalidad de solicitar a la Corporación la declaratoria de exequibilidad de los artículos 140 y 144 de la Ley 1437 de 2011.

Después de resumir los cargos expuestos por el demandante se pronuncian frente a cada

uno de ellos; consideran los intervinientes que no le asiste razón al actor ya que, en relación con el aparte demandado del artículo 140 de la ley 1437 de 2011, el querer del legislador fue el de establecer el nexo de causalidad entre la amenaza y/o el daño y una entidad pública; más adelante afirman que en caso de no establecer el nexo de causalidad entre una entidad pública y un particular que cumple expresa instrucción de ésta, se excluye de responsabilidad a la entidad.

En lo concerniente al contenido demandado del artículo 144 de la misma ley, sostienen que el objeto de la acción popular se circunscribe a proteger los derechos e intereses colectivos, cuyo trámite no se encuentra supeditado a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial; tampoco se configura como una acción para desplazar los medios de defensa judicial ordinarios establecidos por la ley para dar solución a las diversas controversias jurídicas; es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos. Además de ello, el Juez Constitucional está sometido a la ley que regula su accionar esto es, la Ley 472 de 1998 que desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política.

2.- Los ciudadanos Martha Yanneth Ríos García, José Andrés granados Ayala, Arley Augusto Aldana Castaño y Harold López se pronuncian a favor de la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas dentro del proceso de la referencia, quienes aducen frente a los cargos planteados contra el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que "...lo que pretendió el legislador fue hacer extensiva la responsabilidad en cabeza de los particulares cuando estos hubieren obrado siguiendo una expresa instrucción del Estado, no significa ello, que igualmente no puedan responder por sus propios actos, como así los dispone el Código Civil, en su artículo 2341, pues el Estado no puede entrar a responder por todos los actos cometidos por los ciudadanos colombianos a favor de aquellos que resultaren perjudicados, sin que exista una instrucción del mismo".

En lo que atañe al artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, en sentir de los intervinientes, el contenido de dicho precepto no desconoce las preceptivas constitucionales toda vez que el legislador, al regular la acción popular no pretende instituir un sistema que desconozca las acciones judiciales ordinarias, razón por la cual, la anulabilidad contenida en la norma coincide con el argumento de que si la parte actora dispone de otros medios de defensa judicial, debe hacer uso de ellos de manera preferencial, por cuanto el Juez constitucional no

debe invadir la competencia del Juez ordinario.

Finalmente resaltan que a su juicio, la restricción impuesta por el legislador se sustenta en la garantía de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, como quiera que permitir la anulación de actos o contratos administrativos podría atentar en algunos casos, contra los principios de la contratación estatal.

3.- Por su parte, los ciudadanos Erika Juliette Bernal Rodríguez, Sebastián Bernal Garavito, Alejandra Rodríguez y Vilma Inés Dávila Mendoza estiman en su intervención, la procedencia de la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas dentro del proceso de la referencia.

Sobre el primer precepto demandado, los ciudadanos advierten que bajo un análisis completo, el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 prevé la posibilidad de que un particular demande directamente la reparación de un daño antijurídico generado por la acción o la omisión de los Agentes del Estado y como consecuencia de ello la misma norma, especifica en su contenido la procedencia de la acción en determinadas situaciones, las que no son taxativas ya que, previo a su enunciación se plasma la expresión “entre otras”.

Con relación a los cargos propuestos contra el artículo 144 de la mencionada ley, se apartan de los argumentos expuestos por el demandante, ya que no se está restringiendo ninguna posibilidad de salvaguardar los derechos e intereses colectivos afectados o amenazados, aún en casos en que su origen sea un acto administrativo o un contrato, puesto que el juez constitucional está facultado para adoptar las medidas que considere pertinentes para procurar tal protección; lo que no le es dable es declarar la nulidad de actos administrativos o contratos, por cuanto para tal fin existe un procedimiento establecido en la misma ley.

4.- Evelyne Fabiana Vargas Quitian, Oscar Mauricio Romero Briceño y Jorge Armando Torres López, en su condición de ciudadanos intervienen pidiendo de la Corporación la declaratoria de exequibilidad de los preceptos impugnados, al no encontrar violación de las normas constitucionales invocadas en la demanda.

Encuentran que con lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 no se está eximiendo de responsabilidad al Estado frente a los eventuales daños generados a los ciudadanos, puesto que tal disposición prevé la responsabilidad del Estado por hechos o por

omisiones atribuidos a éste, bien sea por el desempeño de sus funciones a través de sus servidores públicos o por un particular a quien se le haya dado la instrucción directa de dicha actuación.

En lo que tiene que ver con el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, aducen que el actor incurre en una interpretación errónea, puesto que la norma no convierte en subsidiaria o residual la acción popular, ya que le da al Juez herramientas para tomar medidas necesarias en procura de los derechos e intereses colectivos, claro está sin la atribución de anular actos administrativos o contratos.

5.- Los ciudadanos Juan Pablo Muñoz Maldonado, Roberto Ramírez Bernier, Emirgen Rangel Hernández y Alan Coral López, quienes solicitan en su intervención declarar inexequible el aparte del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 que refiere “o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”, respecto de los demás apartes acusados por el actor los encuentran ajustados a la Constitución Política.

6.- Leidy Diana Núñez, Manuel Fernando Rentería Velásquez, Alejandro López y Jeyson Hernán Campo intervienen en su condición de ciudadanos con la finalidad de solicitar la declaratoria de exequibilidad del aparte demandado del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 y frente al aparte acusado del artículo 144 ibídem, la declaratoria de inexequibilidad.

Para defender la primera norma demandada, se refieren brevemente al régimen de responsabilidad del Estado colombiano y afirman que, bajo criterios jurisprudenciales y doctrinarios, el Estado es responsable por los daños ocasionados por particulares sin que medie mandato de éste en dos eventos, por falla del servicio o por riesgo excepcional.

Manifiestan que el demandante no tiene en cuenta el deber ser de la responsabilidad del Estado y sus alcances, toda vez que éste no puede proteger a terceros de los daños ocasionados por particulares. Sobre este punto acuden a las posiciones adoptadas por el Consejo de Estado en su jurisprudencia y a razonamientos personales.

7.- Finalmente, las ciudadanas Claudia Liliana Quijano, Derly Portillo Salguero y Paola Esmith Solano Gualdron intervienen en el presente asunto, coadyuvando las pretensiones del actor con fundamento en similares argumentos a los expuestos en la demanda.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

Empieza el concepto analizando los cargos formulados contra el artículo 140, encontrando dos hechos: el primero que la norma incluye la expresión demandada al momento de enunciar, a modo de ilustración y de manera no taxativa, algunas de las hipótesis de responsabilidad del Estado por los daños que cause, como se puede ver en el texto "... De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea ...". El segundo es que la exclusión que el actor censura respecto de daños causados por particulares sin seguir una expresa instrucción de una entidad pública, pero atribuibles a una omisión del Estado, no puede inferirse de manera razonable de una enunciación no taxativa. Entonces, la expresión demandada no es inexecutable per se.

Para la Vista Fiscal, los cargos contra el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 están basados en una interpretación subjetiva que no corresponde al texto de la norma, siendo procedente que la Corte se inhiba de pronunciarse por ineptitud sustantiva de la demanda.

En cuanto al artículo 144, sostiene el Procurador que la naturaleza de las acciones populares y su propósito están vinculados con la prevención del daño o hacer cesar el peligro o la amenaza y, si no es posible, remediar la vulneración o agravio e incluso restituir las cosas al estado anterior. Es razonable que el juez, cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos o intereses colectivos. Sin embargo, continúa la Vista Fiscal, anular el acto o contrato no es indispensable para proteger dichos derechos o intereses, porque el juez puede protegerlos sin necesidad de definir la validez del acto o contrato, tarea ésta que corresponde a la autoridad judicial con competencia para el respectivo asunto.

Explica el Jefe del Ministerio Público que la nulidad, la nulidad y restablecimiento del derecho y los litigios contractuales están regulados en los artículos 137, 138 y 141 de la Ley 1437 de 2011, relacionados con los medios de control, siendo éstos idóneos para lograr la nulidad de los actos administrativos o de los contratos. Cada procedimiento está previsto en la Ley y respetar estos trámites no implica violación del derecho al debido proceso, ni restricción para acceder a la administración de justicia.

Concluye el Procurador General solicitando a la Corte que declare executable el aparte

demandado, perteneciente al artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto, por cuanto los preceptos acusados hacen parte de una Ley (C. Po. art. 241.4), en este caso la Ley 1437 de 2011, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

### 2. Asuntos procesales previos

2.1. Las expresiones impugnadas, aún cuando hacen parte de un estatuto que no está vigente, pueden ser examinadas por la Corte

Para el examen de constitucionalidad, es decir, para decidir sobre la validez de la norma de rango inferior confrontada con la Carta Política, se requiere verificar previamente la vigencia de la norma acusada.

La vocación de eficacia de toda disposición normativa implica que su vigencia sea, en principio, condición para que pueda producir efectos. Sin embargo, ello no siempre es así. Una disposición puede encontrarse vigente, pero no estar produciendo efectos, por ejemplo, cuando se encuentra en desuso o suspendida. Asimismo, puede no encontrarse vigente, pero estar produciendo efectos, como en el caso en que una disposición vigente haga referencia a otra que está derogada. Sin embargo, los anteriores casos son excepciones al principio general según el cual, para que una disposición produzca efectos, debe encontrarse vigente. La vigencia es, en principio, condición de eficacia, y la misión de la Corte al constatar la inconstitucionalidad de una disposición es expulsarla del ordenamiento y con ello impedir que continúe produciendo efectos.

Otra excepción aceptada por la Corte se presenta cuando se trata de normas que aún no han entrado en vigencia porque el legislador postergó la misma. Esta Corporación en diferentes ocasiones ha efectuado este control de constitucionalidad, dada la “vocación de producción de efectos jurídicos futuros”<sup>2</sup> de las disposiciones controvertidas.

La Sala Plena de la Corte Constitucional ha tramitado demandas contra normas que por existir pueden ser objeto de control de constitucionalidad, a pesar de no estar vigentes aún. Tal fue el caso de los nuevos códigos penales; tanto el Código Penal como el de Procedimiento Penal fueron demandados ante esta Corporación en su integridad, por razones formales, y varias de sus normas lo fueron por razones materiales<sup>3</sup>.

En esta ocasión, tal como claramente se advierte de la lectura del artículo 308 de la ley 1437 de 2011, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “El presente código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. // Este código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. // Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

Como puede observarse, el propio legislador no estableció la entrada en vigencia de la norma a partir de su expedición, la cual se produjo el 18 de enero de 2011 en el Diario Oficial N° 47.956, sino que en ejercicio de sus legítimas facultades postergó la misma<sup>4</sup>, esto es, difirió para el año 2012 la producción de sus efectos jurídicos<sup>5</sup>.

Así, aunque el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no se encuentre aún rigiendo, pero por tratarse de disposiciones que causarán efectos prospectivos, la Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto.

## 2.2. Inhibición por estar dirigida la demanda contra una expresión que no hace parte de la ley 1437 de 2011

Teniendo en cuenta que el Ministerio Público y otros intervinientes han solicitado a la Corte inhibirse para pronunciarse de fondo respecto de la expresión demandada: “La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2.344 del Código Civil”, por no hacer parte del artículo 140 de la ley 1437 de 2011, tal y como aparece publicado en el Diario Oficial N° 47.956 de enero 18 de 2011, la Sala procederá a pronunciarse previamente sobre este aspecto. Asimismo, la Corte examinará si se estructura una ineptitud sustantiva de la demanda, respecto a la expresión demandada del artículo 144

de la ley en cuestión, en cuanto al cargo referente a la violación del derecho a la igualdad (C. Po. art. 13), como varios intervinientes lo han señalado.

2.2.1. Como lo ha explicado esta Corporación, el control de constitucionalidad debe versar sobre dispositivos normativos existentes. En esta ocasión el actor demandó la expresión “La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2.344 del Código Civil”, considerando que la misma hacía parte del texto del artículo 140 de la ley 1437 de 2011.

La Sala, luego de examinar el texto de la norma publicada en el Diario Oficial N° 47.956 de enero 18 de 2011, encuentra que tanto el Ministerio Público como algunos intervinientes tienen razón al afirmar que el segmento normativo acusado no existe, no hace parte del ordenamiento jurídico, toda vez que el mismo no está incorporado en el texto definitivo del artículo 140 de la ley 1437 de 2011. El propio demandante reconoció este error en escrito<sup>6</sup> dirigido a la Corte Constitucional, expresando: “... por un error involuntario, en la demanda radicada en la Secretaría General de esa corporación el 2 de febrero de 2011, se hizo alusión a un contenido normativo que no corresponde totalmente con la disposición sancionada por el Ejecutivo”.

El actor pudo incurrir en este error debido a que en el primer debate en la Cámara de Representantes se introdujo una modificación al artículo que se menciona, la cual incluía la expresión demandada<sup>7</sup>; sin embargo, durante el segundo debate en Cámara, en sesión del 29 de noviembre de 2010, se eliminó por la Plenaria de la Corporación ese texto<sup>8</sup>, al aprobarse la proposición presentada por el representante Didier Burgos Ramírez, lo cual consta en las Gacetas del Congreso N° 1068 de 2010 (Texto Definitivo aprobado en la Cámara de Representantes, página 26), 1072 y 1075 de 2010 (Informe de Conciliación y Texto del Proyecto Conciliado por las Plenarias del Senado de la República y la Cámara de Representantes, página 29), así como finalmente quedó publicado en el Diario Oficial N° 47.956 de enero 18 de 2011 (página 13), en el que aparece el texto de la Ley sancionada por el Gobierno Nacional.

Por esta razón la Corte comparte los reparos formulados por el Ministerio Público y por algunos de los intervinientes, relacionados con la demanda presentada contra la expresión “La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo

2.344 del Código Civil”. Al respecto, conviene traer a colación la sentencia C-1052 de 2001, en la cual esta Corte precisó los criterios mínimos para la existencia de un cargo contra una disposición, entre los cuales aparecen los siguientes:

“Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una norma determinada, debe referir con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. Estos son los tres elementos, desarrollados en el texto del aludido artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y por la Corte en sus pronunciamientos, que hacen posible el pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal.

Así, tendrá que identificar, en primer lugar, el objeto sobre el que versa la acusación, esto es, el precepto o preceptos jurídicos que, a juicio del actor, son contrarios al ordenamiento constitucional. Esta identificación se traduce en (i.) “el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales” (artículo 2 numeral 1 del Decreto 2067 de 1991). Pero además, la plena identificación de las normas que se demandan exige (ii.) ‘su transcripción literal por cualquier medio o la inclusión de ‘un ejemplar de la publicación de las mismas’ (Artículo 2 numeral 1 del Decreto 2067 de 1991). Se trata de una exigencia mínima ‘que busca la indispensable precisión, ante la Corte, acerca del objeto específico del fallo de constitucionalidad que habrá de proferir, ya que señala con exactitud cuál es la norma demandada y permite, gracias al texto que se transcriba, verificar el contenido de lo que el demandante aprecia como contrario a la Constitución’.”<sup>9</sup> (Destaca la Sala).

Debido a que el actor no cumplió con los requisitos mínimos, por cuanto demandó una disposición inexistente, todos los cargos que se relacionan directa o indirectamente con el texto inexistente no pueden ser examinados por la Sala, toda vez que no es posible pronunciarse sobre ella, ni relacionarla con los efectos que el demandante le atribuye. En consecuencia, la Corte se declarará inhibida para pronunciarse sobre el citado segmento, por ineptitud de la demanda.

2.2.2. Ineptitud sustantiva de la demanda respecto a la expresión atacada del artículo 144 de la ley 1437 de 2011, en cuanto al cargo por violación del derecho a la igualdad (C. Po. art. 13)

En forma reiterada la Corte ha explicado que pese a la naturaleza pública e informalidad en

el trámite de la acción de inconstitucionalidad, uno de los requisitos de estas demandas consiste en señalar, de manera coherente, las razones por las cuales una norma riñe con la Constitución Política. Así, conforme a la lectura que esta Corporación ha hecho del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, para que se configure un cargo idóneo de inconstitucionalidad, el ciudadano debe ofrecer razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes<sup>10</sup>.

En esta oportunidad el actor demandó la expresión “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”, del artículo 144 de la ley 1437 de 2011, al estimar que es contrario al derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 superior. Consideró que mientras la norma no autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a declarar la nulidad de un acto administrativo o de un contrato cuando una de las partes sea una entidad pública, al mismo tiempo guarda silencio cuando tal amenaza o vulneración proviene de un acto entre particulares, lo que a su juicio equivale a señalar que está permitido.

Aduce el actor que “el mencionado trato distinto no encuentra justificación constitucionalmente atendible, debido a que frente a situaciones de hecho similares (vulneración o amenaza sobre derechos colectivos con contratos), debe seguirse una consecuencia jurídica similar, es decir, la jurisdicción (civil), en el segundo evento no debería estar facultada para anular los citados contratos”.

Revisado el contenido de la demanda y las intervenciones presentadas, se constata que la acusación contra la expresión transcrita del artículo 144 de la Ley y presuntamente basada en la violación del artículo 13 superior, no cumple con los requisitos de especificidad y suficiencia en la formulación del cargo, ante lo cual la Corte debe inhibirse.

La acusación no es específica<sup>11</sup> ni suficiente<sup>12</sup>, ya que el ciudadano formuló reparos genéricos, globales e indeterminados relacionados con la violación del derecho a la igualdad, pero de los mismos no es posible delimitar con precisión cuál es el sentido de la acusación a fin de concretar el debate en términos constitucionales.

En efecto, el actor se limita a señalar que la norma guardó silencio respecto de los contratos celebrados entre particulares que ocasionen amenaza o vulneración a derechos colectivos, suponiendo que de la norma acusada se infiere que la jurisdicción civil sí los puede anular, en

contraposición a lo que el mismo precepto le impide al juez administrativo, cuando lo lógico sería que las dos jurisdicciones no lo pudieran hacer. Sin embargo, el actor no expone las razones por las cuales la supuesta diferencia de trato resulta discriminatoria, ni sustenta este argumento en motivos dirigidos a controvertir constitucionalmente esa desigualdad. Recuérdese que los cargos por violación del derecho a la igualdad deben “señalar con claridad los grupos involucrados, el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas”<sup>13</sup>.

El accionante acusa el segmento antes transcrito insinuando que en él ha debido incluirse expresamente la anulabilidad de los contratos civiles a cargo de esa jurisdicción, con el fin de dar un trato idéntico o similar a situaciones contempladas en el artículo 144 de la Ley 1437. La Sala considera que el trato injustamente desigual debe ser explicado a partir del precepto acusado y en este caso la norma no prevé lo planteado por el actor, de lo cual se infiere que no resulta procedente adelantar un juicio de constitucionalidad porque no está previamente determinado el contenido normativo objeto de control.

En este aparte la demanda no recae sobre un texto real sino sobre uno deducido por el actor; es decir, no se refiere a proposiciones existentes suministradas por el legislador sino a hipótesis inferidas por el demandante.

La norma no hace referencia a los contratos entre personas de derecho privado ni a la anulabilidad de los mismos, por lo que resulta necesario reforzar el concepto de que dicho vacío no es, en principio, objeto del debate en el proceso de inexecuibilidad, que consiste en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego, el vacío legislativo no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de los extremos de comparación<sup>14</sup>.

La Sala logra vislumbrar que la inconformidad del actor radica en una omisión legislativa, respecto a la falta de regulación en la norma demandada sobre la anulabilidad de los contratos civiles. Pese a que el ciudadano no la formuló de manera expresa, esta falencia apreciativa en la demanda no permite a la Corte entrar en su estudio, ya que los deberes de claridad y pertinencia en la formulación del cargo corresponden al actor, más aún cuando la omisión legislativa como causa de inexecuibilidad, contiene diferentes variantes que limitan,

en uno u otro sentido, la competencia de esta Corporación, según se trate de omisiones relativas o absolutas.

Además, el actor omite considerar que no es imperativo darle un mismo tratamiento a situaciones que son del todo distintas<sup>15</sup>, ya que es evidente que la contratación estatal es una manifestación de la función administrativa y la contratación privada es desarrollo de la autonomía negocial, no siendo en consecuencia comparables en este aspecto. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la ley 1437 de 2011, es una codificación que tiene por objeto regular, en su segunda parte, todo lo relacionado con lo contencioso administrativo, siendo contrario a lo dispuesto en el artículo 158 de la Carta<sup>16</sup> que él pueda regular en este código asuntos que resultan, desde el punto de vista sistemático y teleológico, ajenos a la codificación sustantiva y adjetiva en materia civil.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte se declarará inhibida para emitir pronunciamiento de fondo respecto a este cargo.

### 3. Análisis de las normas demandadas

#### 3.1. Cargos y problema jurídico respecto del aparte acusado del inciso 2° del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011

El demandante aduce que la expresión: “o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”, contenida en el inciso segundo del artículo 140 de la ley 1437 de 2011, vulnera el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 6° y 90 de la Constitución Política, referidos a la vigencia de un orden social justo, al principio de dignidad humana, a la efectividad de los derechos, al cumplimiento de los fines del Estado, a la existencia de las autoridades públicas para la adecuada protección de las personas en su vida, honra y bienes, como también a la responsabilidad de las autoridades.

Igualmente, considera que la expresión: “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”, incluida en el artículo 144 de la aludida ley, vulnera los artículos 88, 29 y 229 de la Carta, relativos a la facultad del legislador para regular las acciones populares como medio principal de defensa de los derechos colectivos, las que causen daño a un número plural de personas y la

responsabilidad civil para los daños inferidos, al igual que al acceso a la administración de justicia.

Respecto a la primera expresión demandada se aduce que la dignidad humana, el valor de la justicia y la efectividad de los derechos en un orden justo, se frustran al exigir la expresa instrucción de una entidad pública a un particular, para que el Estado comprometa su responsabilidad patrimonial. Esta exigencia mengua la protección a la vida, honra y bienes de las personas, ya que el Estado también debe responder por sus omisiones, cuando por razón de éstas, y sin seguir instrucciones expresas, los particulares ocasionen daño.

Las posiciones de los intervinientes se encuentran divididas. Tal como se puede apreciar en el capítulo IV de esta providencia, algunos estiman que los preceptos acusados son compatibles con la Constitución Política, toda vez que la Administración siempre incurrirá en responsabilidad extracontractual por los daños antijurídicos ocasionados a los particulares por acción u omisión de sus agentes. Asimismo, otros consideran que la Corte debe declarar la constitucionalidad condicionada de la primera expresión acusada, en el sentido que debe entenderse como responsable al particular que actúa estando bajo la tutela de una autoridad administrativa sin que se pueda exigir que esté obrando siguiendo una expresa instrucción de la misma. Otros estiman que lo regulado es la expresión del ejercicio de la potestad de configuración normativa que la Carta asignó al legislador. Algunas instituciones educativas y ciudadanos intervinientes acogen íntegramente las consideraciones del actor.

Corresponde a la Corte establecer si la expresión “o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”, contenida en el inciso segundo del artículo 140 de la ley 1437 de 2011, relativo a la reparación directa, vulnera los artículos 1°, 2°, 6° y 90 de la Constitución, al enunciar la responsabilidad del Estado por los daños que cause cuando le sean imputables y hayan sido ocasionados por un particular.

Para resolver este interrogante, la Corte se referirá previa y brevemente a la responsabilidad del Estado; aludirá a la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas; expondrá brevemente las características de la acción de reparación directa; reiterará la potestad de configuración del legislador en materia de definiciones, competencias y procedimientos, y en ese marco analizará los cargos formulados.

### 3.1.1. De la responsabilidad patrimonial del Estado

#### 3.1.1.1. Marco histórico anterior a la Constitución de 1991

Como ha sido estudiado por esta Corporación, hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. Ciertamente, en Colombia la responsabilidad estatal se concibe como una institución de origen netamente jurisprudencial que, según lo dicho por la Corte, inicia su evolución “en un periodo histórico en el que imperaba el dogma de la irresponsabilidad del Estado, puesto que se consideraba contraria a la idea de soberanía, lo que se plasma en la famosa sentencia de LAFERREIRE ‘Le popre de la souveraineté est de s’imposer à tous sans compensation’”<sup>17</sup>.

Sobre esta materia la jurisprudencia, desarrollada en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, encontró su sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado, acogiendo como parámetros los postulados del Estado de Derecho y, específicamente, los cambios ocurridos en la sociedad y en la economía durante las primeras décadas del siglo XX, que ya tendían a un mayor grado de intervencionismo estatal y, por consiguiente, de responsabilidad institucional.

Respecto al aporte de la Corte Suprema de Justicia, este inicia con la sentencia de octubre 22 de 1896, donde se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos<sup>18</sup>. Es con esta decisión que el desarrollo de la jurisprudencia del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria se muestra progresista respecto a tres modalidades concretas: la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla en el servicio, que acogerá posteriormente la jurisdicción contencioso administrativa.

A partir de la expedición de la ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica. Con esta ley se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas, consolidando luego toda una doctrina

jurisprudencial basada en la aplicación de algunos principios y normas de derecho público, resguardándose a su vez en los artículos 2º, 16 y 23 de la Constitución de 1886 que, si bien no regulaban la institución de la responsabilidad del Estado en forma directa, consagraban, a la manera de fines constitucionales primarios, el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la obligación de garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título.

Resultado de la posición del Consejo de Estado, el criterio de imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que venía imperando hasta antes de la expedición de la Ley 167, fue modificado, pasando de la teoría civilista de la culpa, a la aplicación concreta de la teoría administrativista de la falta o falla en el servicio público. De esta manera, se tiene que de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la responsabilidad pública, “se estructura un sistema de naturaleza objetiva y directa, que gira en torno a la posición jurídica de la víctima, quien ve lesionado su interés jurídico como consecuencia de las actuaciones de las autoridades públicas, independientemente de que éstas fueran legítimas o ilegítimas, normales o anormales, regulares o irregulares”<sup>19</sup>.

Conforme con la nueva postura, resulta evidente que la conducta dolosa o culposa del servidor público no tiene incidencia en el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, dado que la misma surge de manera directa de la entidad pública, no por el hecho de otro sino por el hecho propio, en cuanto se entendía que la conducta pasiva o activa del funcionario de la Administración que podía generar un daño, se encontraba íntimamente vinculada con el cumplimiento de la función administrativa encomendada. Es por esto que la jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal.

### 3.1.1.2. La responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución de 1991

Si bien en el anterior sistema jurídico no existía una cláusula constitucional ni legal que expresamente reconociera la existencia del instituto resarcitorio por las actuaciones de los entes públicos, el constituyente de 1991, acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo y, al tenor

del artículo 90 de la Carta Política, reconoce en forma directa la responsabilidad del Estado, al consagrar que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Coincidiendo con la línea doctrinal elaborada por el Consejo de Estado, en la sentencia C-333 de 1996, la Corte Constitucional se pronunció sobre el verdadero alcance de esta norma, aclarando que la misma, al margen de establecer el imperativo jurídico de la responsabilidad estatal, consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y omisiones de los entes públicos y, por tanto, se proyecta indistintamente en el ámbito extracontractual, precontractual y contractual<sup>20</sup>.

Es así como no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de responsabilidad como se pudo interpretar por algunos sectores, circunscrito únicamente al campo extracontractual, ya que, según lo expresado, de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal, esto es, el contractual, el precontractual y el extracontractual. Al respecto estimó la Corte:

“Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.

La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces 'la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual'<sup>21</sup>. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 'es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual'<sup>22</sup>.

Sin embargo, no sobra aclarar que la existencia de un régimen unificado en ningún caso borra las diferencias conceptuales que se registran en torno a los distintos ámbitos de aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado. La pretensión constitucional se limita a subsumir bajo el concepto de daño antijurídico los distintos tipos de responsabilidad, dejando a salvo la manera como cada una se estructura, se configura y se materializa dentro del campo del derecho público. La Corte consideró:

"Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado".<sup>23</sup>

Es claro, entonces, que la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado in extenso por la jurisprudencia y expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos 2º, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento superior que, por un lado, le impone a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en

su vida, honra y bienes (art. 2°) y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas (art. 13) y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (arts. 58 y 83).<sup>24</sup>

### 3.1.2. La responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas en el Estado social de derecho

En el proceso de construcción del Estado social de derecho, uno de los componentes de gran trascendencia lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad, observado no solamente desde la órbita del Estado sino también de los particulares.

La consolidación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, como el entendimiento del papel de los agentes estatales y del cumplimiento de las funciones públicas. De este modo, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la transformación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras<sup>27</sup>, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

El artículo 90 de la Carta contiene la obligación para el Estado de repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. Esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas.

El concepto de servidor público establecido en la Carta<sup>28</sup> tiene en este sentido una connotación finalista y no puramente nominal. Recuérdese que conforme al artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras finalidades, “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” y cómo al tenor del

artículo 209 superior son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los “(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”.

De otra parte, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Así, la Carta señala que sectores tan importantes como la salud (C. Po. art. 49), la seguridad social (C. Po. art. 48), la educación (C. Po. art. 67), la ciencia y la tecnología (C. Po. art. 71), la protección especial de la personas de la tercera edad (C. Po. art. 46), de los niños (C. Po. art. 44) y de los discapacitados (C. Po. art. 47), no son responsabilidad única del Estado, sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su amparo y desarrollo.

Asimismo, debe recordarse que enmarcado dentro del concepto de derecho-deber a la participación (C. Po. arts. 2 y 95), se abren igualmente varias posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas, participando por ejemplo en el control de la gestión pública (C. Po. art. 270), contratando con el Estado para el desarrollo de las diferentes tareas a él encomendadas (C. Po. 150, inciso final), o colaborando en la prestación de servicios antes reservados a la esfera estatal (C Po. art. 365).

Dentro del marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Es como el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 superior señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Teniendo presente estos conceptos, la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones administrativas. Así, en la sentencia C-866 de 1999, se expresa, en torno del contenido de los artículos 123, 210 y 365 de la Carta:

“...resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando

entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción.

5. Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos”.

Del mismo modo la Corte ha señalado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, entre los que pueden enunciarse<sup>29</sup>:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

b) La previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas jurídicas o personas naturales, mediante convenio precedido de acto administrativo), el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta, como lo ha señalado la Corte, que la mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la

autoridad que las otorga”<sup>30</sup>.

Ahora bien, como ha señalado esta Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos<sup>31</sup>; sin embargo, es apenas evidente que el ejercicio de dichas funciones públicas implica un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad. Así, en tanto que titulares de funciones públicas, los particulares a los cuales éstas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello conlleva en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil<sup>32</sup>.

Teniendo en cuenta estas precisiones, es entonces solamente en relación con las funciones públicas y administrativas que claramente establezca y autorice la ley<sup>33</sup> que se predica ese nivel especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia, circunstancia que, como se verá más adelante, es necesario tener en cuenta para el cabal entendimiento de las disposiciones acusadas en el presente proceso<sup>34</sup>.

### 3.1.3. La acción de reparación directa en el régimen vigente

La acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del C.C.A., modificado por el artículo 31 de la ley 446 de 1998, es procedente para demandar la reparación del daño que deriva de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos - o por cualquiera otra causa -, siempre que esta última no consista en un acto administrativo<sup>35</sup>, porque cuando éste es fuente de un daño, la ley prevé expresamente como acción pertinente la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Conforme lo ha señalado la doctrina, la reparación directa “es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada (...) podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado, en razón de las actividades anteriormente

indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo”<sup>36</sup>.

En el análisis jurídico de la acción de reparación directa opera el principio *iura novit curia*, en la medida que a la persona interesada no le corresponde presentar las razones jurídicas de sus pretensiones, sino simplemente relatar los hechos, omisiones, operación u ocupación, para que el juez administrativo se pronuncie con base en el derecho aplicable al caso. Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de febrero de 1995, exp: S-123, se pronunció en los siguientes términos:

“La Sala reitera la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio *iura novit curia*, pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es del caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante”<sup>37</sup>.

La técnica de la acción implica, por lo tanto, demostrar la ocurrencia y efectos de los fenómenos indicados y los daños causados con ocasión de los mismos, para deducir a partir de este juicio la indemnización de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), y morales que se hayan ocasionado, al igual que los fisiológicos. Tal indemnización deberá siempre ser apreciable en dinero y, conforme con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, tendiente a reparar integral y equitativamente los daños irrogados a las personas y las cosas, observando siempre los criterios técnicos actuariales<sup>38</sup>.

El Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136, numeral 8°, establece el término para ejercer esta acción, previendo que “La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”.

La ley consagra, entonces, un término de dos años contado desde el día siguiente al acaecimiento de la causa del daño por el cual se demanda indemnización, para intentar la acción de reparación directa, vencido el cual no será posible solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, porque habrá operado la caducidad<sup>39</sup>.

De otra parte, un aspecto que se debe destacar en cuanto a la aplicación práctica es el señalado por la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>40</sup> según el cual “quien se ha constituido en parte civil dentro de un proceso penal, igualmente puede demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, con el fin de perseguir la plena indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima, cuando quiera que hubiese sido afectada a la vez por culpa grave o dolo del agente y falla del servicio. En todo caso la entidad demandada se verá obligada a pagar la totalidad de la indemnización impuesta por el juez administrativo, en una conciliación o en cualquier otra providencia, salvo que la entidad pruebe en el proceso o al momento de cubrir el monto de la condena, que el funcionario citado en el proceso penal, pagó totalmente el monto de los daños tasados por el juez penal, ahora si prueba que el funcionario pagó parcialmente, a la entidad le asiste el derecho de descontar la suma cubierta por aquél”.<sup>41</sup>

Finalmente, cuando el juez administrativo profiere una sentencia de reparación directa, esta produce efectos inter partes, es decir, que cuando la decisión es adversa a la administración, la misma se encuentra obligada a pagar las condenas correspondientes. Es mediante una liquidación incidental (arts. 178 C.C.A. y 309 y 308 del C.P.C.) que la administración deberá pagar la condena de frutos, intereses, mejoras y perjuicios, cuando la cuantía no se hubiere establecido en el proceso.

#### 3.1.4. La potestad de configuración legislativa en procesos judiciales

De manera reiterada y unívoca, la jurisprudencia constitucional ha señalado, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Carta Política, que al legislador le corresponde regular en su totalidad los procedimientos judiciales y administrativos. Por esta razón, goza de un amplio margen de autonomía o libertad de configuración normativa para evaluar y definir sus etapas, características, formas y, específicamente, los plazos y términos que han de reconocerse a las personas en aras de facilitar el ejercicio legítimo de sus derechos ante las autoridades públicas. Tal autonomía sólo se ve limitada por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, principios que constituyen el límite a los quehaceres del legislador, en cuanto los mismos han de servir para la realización material de los derechos sustanciales. Sobre el particular, expresó la Corte:

“...debe la Corte, además, puntualizar que el Legislador goza de amplia libertad para definir el régimen procedimental de los juicios, actuaciones y acciones a que da lugar el derecho sustancial, de acuerdo a razones de política legislativa, comoquiera que el Constituyente, al tenor de lo preceptuado en los numerales 1º. y 2º. del artículo 150 de la Carta, le ha conferido en esa materia, un amplio margen de apreciación discrecional.

Como lo ha señalado esta Corporación en numerosas decisiones<sup>42</sup>, en las materias en las que compete al Congreso de la República ‘expedir códigos en todos los ramos de la legislación’, este goza de una importante ‘libertad de configuración legislativa’, a la que son inherentes mayores prerrogativas de valoración y de regulación normativa, pues, sin ella, no sería posible que, mediante el desarrollo de la función de ‘expedir las leyes’, pudiese atender los requerimientos y particularidades propias de las cambiantes exigencias de la realidad nacional.

Esto no significa obviamente que el Congreso pueda configurar a su arbitrio o de manera caprichosa los procesos, pues -ciertamente- la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a la igualdad (CP art. 13), por lo cual las regulaciones legales deben ser razonables y proporcionadas, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado en numerosas sentencias”<sup>43</sup>.

En desarrollo del amplio margen de autonomía, el legislador puede legítimamente imponer restricciones a los derechos y establecer tratos diferenciales, siempre y cuando recurra a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que permitan garantizar el ejercicio eficaz y útil de aquellos. En este contexto, ha dicho la jurisprudencia que “una medida legislativa en la que se confiere un trato diferencial o se restringe el ejercicio de un derecho es razonable cuando dicho trato es legítimo a la luz de las disposiciones constitucionales, cuando persigue un fin auspiciado por la Carta y, además, cuando es proporcionado a la consecución de dicho fin, lo cual significa que dicho trato debe garantizar un beneficio mayor al perjuicio irrogado”<sup>44</sup>.

Al tiempo que la Corte reconoce en favor del legislador la potestad de configurar los trámites judiciales, también recuerda los límites de tal atribución, la cual “(...) debe ser ejercida sin desconocer los principios y valores constitucionales, la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y los principios de razonabilidad, proporcionalidad y

prevalencia del derecho sustancial sobre lo adjetivo (Art. 228 C.P.), que se constituyen en límites al ejercicio legítimo de tales competencias”<sup>45</sup>.

3.1.5. Constitucionalidad de la expresión “o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”

3.1.5.1. Sostiene el actor que la expresión: “o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”, contenida en el artículo 140 de la ley 1437 de 2011, desconoce el valor de justicia dispuesto en el preámbulo y en el artículo 2° de la Carta, así como el principio de dignidad humana consagrado en el artículo 1° de la misma, por cuanto la Constitución desde el preámbulo predica que el Estado colombiano tiene como principal finalidad, la realización de la justicia, respetando la dignidad humana, los que a su juicio se encuentran frustrados por la expresión transcrita, porque cuando la causa de un daño se encuentra en una acción u omisión imputable a las autoridades públicas, el Estado responderá, sin embargo, cuando el daño se ha producido a instancia de un particular por infracción de la Constitución y de la ley, su actuación debe estar conforme a expresa instrucción de las autoridades públicas.

Para el actor, esto significa alejarse del cumplimiento de las funciones y finalidades para las cuales fueron establecidas las autoridades, toda vez que su fin es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes de un orden justo, según lo establecido por el artículo 2° superior.

Asegura el actor que conforme con la expresión acusada, no habrá indemnización para el administrado cuando el daño se haya producido por un particular en el evento que no haya obrado siguiendo expresamente instrucciones de una entidad pública. Esta circunstancia lo lleva a pensar que la norma pretermite la garantía de principios, derechos y deberes como fines del Estado y el fundamento de la existencia de las autoridades públicas para la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, dispuestos en el artículo 2° de la Constitución. Del mismo modo, estima que existe un desconocimiento del principio de responsabilidad de las autoridades públicas por acción u omisión, regulado en los artículos 6° y 90 de la Carta.

3.1.5.2. Para la Corte el segmento normativo cuestionado por el ciudadano en nada contraviene las disposiciones constitucionales que considera conculcadas (preámbulo y

artículos 1º, 2º 6º y 90), en la medida que en manera alguna la expresión demandada limita o desconoce los pilares de la responsabilidad patrimonial del Estado. Veamos:

El artículo 140 de la ley 1437 de 2011, establece:

“ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”. (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, en los antecedentes legislativos de esta norma se indicó que “Se propone una nueva redacción del artículo 140, que refiere al medio de control de reparación directa, a partir del artículo 90 de la Constitución Política, con el fin de que se entienda que comprende todas las causas que dan lugar a pretender responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos producidos por la acción u omisión de sus agentes”<sup>46</sup>.

La Sala luego de dar lectura integral al artículo transcrito y a lo debatido en el Congreso de la República, considera que la expresión acusada no debe interpretarse de manera aislada sino de forma armónica con todo el texto que la incorpora. De esta manera, aparece que en términos de proposición jurídica completa, el inciso segundo del artículo 140, es complemento de la regla indicada en el inciso primero de la misma, al expresar que “de conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras”, permitiendo afirmar que el inciso segundo no restringe el alcance del precepto del inciso primero, es decir, el deber de reparar por el Estado la conducta dañina de sus agentes, por cuanto literalmente establece que es conforme con este.

Así, contrario a lo asegurado por el demandante, en ningún modo la norma consagra una cláusula de irresponsabilidad para el Estado en aquellos eventos en los que no medie instrucción a un particular pero concurren acciones u omisiones de las entidades públicas que ocasionen daños antijurídicos a las personas, y que a la luz del artículo 90 de la Carta comprometerían la responsabilidad del Estado.

En el segmento demandado el legislador al extender la responsabilidad a los particulares cuando estos actúen siguiendo una expresa instrucción de las autoridades públicas, no está dando a entender que estos particulares no sean responsables de sus propias actuaciones, tal como lo consagra el Código Civil colombiano en el artículo 234147, ya que resultaría irrazonable que el Estado tuviera que responder por todos los daños cometidos por los ciudadanos en beneficio de los lesionados, cuando no ha mediado una expresa instrucción de una entidad pública sino obrado en el campo o esfera de su vida privada, separado por completo de toda actividad pública.

Mantener un orden justo no puede significar que el Estado deba responder por todos los daños que causen los particulares que no tienen la condición de agentes estatales. Un orden justo implica considerar que el Estado repare los daños que hayan causado los agentes estatales cuando su conducta le sea imputable al Estado, es decir, cuando hayan obrado con ocasión de sus funciones; y que también repare los daños que causan los particulares, siempre y cuando su conducta sea imputable al Estado.

Así entonces, se tiene que la norma se encuentra ajustada al artículo 90 superior, implicando de paso que el preámbulo (valor justicia) y los artículos 1° (dignidad humana), 2° (principios, derechos y deberes como fines del Estado) y 6° (responsabilidad de las autoridades públicas) de la Constitución, no se vean desconocidos, por cuanto es desarrollo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, a través de la acción de reparación directa por daños extracontractuales, en la medida que la víctima de un daño antijurídico se encuentra habilitada para demandar del Estado su reparación, cuando se configure la responsabilidad del mismo, es decir, al establecerse la conducta dañina de una agente del Estado, el daño y la relación causal entre éste y aquél.

Asimismo, es de señalarse que cuando la norma refiere a “agentes del Estado”, se entiende que comprende tanto los servidores públicos como los particulares que desempeñan

funciones públicas y que en conexión con el servicio ejecutan conductas violatorias de la vida, honra y bienes de la persona, amparadas por el artículo 2° de la Carta. De esta manera, resulta claro que la norma garantiza el deber de reparación por parte del Estado, siendo éste responsable por los daños antijurídicos ocasionados por sus agentes con ocasión de la actividad estatal, en la medida, que la víctima del daño no esté en el deber jurídico de soportarlo.

Claramente se advierte, como bien lo destaca el Consejo de Estado en su intervención, que a la luz del artículo 90 de la Carta, la expresión demandada del inciso segundo del artículo 140 de la ley 1437 de 2011, en nada influiría o afectaría el régimen de responsabilidad estatal, pues así medie o no una instrucción expresa a los particulares que concurran en el daño o que estos se encuentren bajo la tutela de la autoridad administrativa, “lo que se estudia en esos eventos es si existe una acción u omisión que comprometa al Estado en la producción del daño y que éste le sea imputable”.

Al respecto puede recordarse lo estudiado en la parte dogmática que antecedió el presente análisis, referente a la responsabilidad del Estado, de sus agentes y de los particulares que ejercen funciones públicas, donde se expuso que el constituyente de 1991 diseñó y adoptó en el artículo 90 superior, un sistema de responsabilidad fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, es decir, en la lesión o afectación que padece la persona.

En materia de responsabilidad extracontractual se ha señalado que la administración, en los casos relacionados con daños causados a terceros en la ejecución de obras públicas mediante el concurso de contratistas, la respectiva entidad estatal se obliga a resarcir al damnificado si prueba éste que los perjuicios se han presentado en desarrollo de tales trabajos y si, además, la demanda ha sido dirigida contra dicha entidad o contra ambos, demostrando claro está que el servicio funcionó mal, no fue prestado o se prestó irregularmente, o por lo menos que acredite que aquel emergió con la prestación del servicio (nexo causal)<sup>48</sup>.

Siguiendo el ejemplo, puede afirmarse que la administración pública responderá por los daños causados a terceros siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o

anormal de los servicios públicos, bien sea en el caso especial que la ejecución de las obras públicas las adelante con servicios y medios propios, o bien mediante el concurso de un contratista, ya que no debe olvidarse que el titular de la obra pública es siempre la administración y que ejercita sobre ella sus potestades, por lo cual debe cargar con la responsabilidad y la obligación de reparar los daños derivados de dicha actividad.

Por el contrario, cuando el contratista ocasiona daños a terceros ajenos por completo a la ejecución de la obra, debe asumir exclusivamente la indemnización por los perjuicios, sin que la administración tenga que responder por ello directa y subsidiariamente, ya que tales actos o hechos no son susceptibles de serle imputados, en razón a que se ha roto el nexo causal, es decir, por cuanto se evidencia que el contratista obró en desarrollo de actividades personales desvinculadas con las de la administración.

Ahora bien, no sobra recordar que el Consejo de Estado ha dado aplicación al artículo 90 de la Carta al momento de resolver casos como los aludidos a manera de ejemplo por el actor, tales como los daños producidos a las personas con ocasión de actividades delincuenciales o terroristas y que incluso se acometen con elementos de propiedad estatal, donde, pese a la concurrencia de la actuación de terceros, al Estado le son imputables esos daños por la propia acción u omisión de sus agentes.

Múltiples son los antecedentes de la jurisprudencia nacional en los cuales se condena al Estado a pesar de que la causa inmediata del daño se atribuya a un tercero. Sólo para citar dos ejemplos, la Sala se remite al conocido caso del asesinato del ex ministro y profesor Low Murtra por parte de sicarios, en el cual el Estado fue condenado por falla del servicio<sup>49</sup>, y al caso de la bomba terrorista colocada en momentos en que se desplazaba en su vehículo el general Maza Márquez<sup>50</sup>, caso en el cual el Consejo de Estado utilizó la teoría del riesgo creado y la del daño especial, para indemnizar por la muerte de un transeúnte ocasional.

De otra parte, con independencia de las razones antecedentes en materia de responsabilidad patrimonial del Estado y la consideración de que la expresión demandada no contrarresta la cláusula de responsabilidad a él inherente en virtud del artículo 90 superior, tal como se explicó en páginas anteriores, la jurisprudencia constitucional, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Carta Política, ha señalado que al legislador le corresponde regular en su totalidad los

procedimientos judiciales y administrativos.

Así entonces, la Corte estima que el legislador, en la materia analizada de la responsabilidad del Estado por daños ocasionados a las personas e imputables a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de una entidad pública, goza de un amplio margen de libertad de configuración normativa para así establecerlo. En ese mismo sentido, la ley al extender de manera enunciativa la responsabilidad a los particulares cuando estos actúan siguiendo una expresa instrucción de las autoridades estatales, resulta una medida razonable en cuanto ésta se encuentra, como ya se expuso, acorde con las garantías constitucionales.

Adicionalmente, la previsión del legislador con la expresión cuestionada, responde a las vicisitudes ya advertidas por la jurisprudencia administrativa. Ciertamente, en los términos del actual Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), la acción de reparación directa (descrita brevemente en el punto 3.1.3. de esta providencia), no establece expresamente eventos en los cuales el daño derivara de la actuación de un particular autorizado por una entidad pública, y que en casos como por ejemplo de la ocupación temporal de bienes públicos por parte de este (y en principio imputable sólo al particular), la jurisprudencia ha encontrado que el Estado debe responder si aquél ha obrado siguiendo las instrucciones de uno de sus agentes. Al respecto ha considerado el Consejo de Estado:

“(...) corresponde a la especie de la responsabilidad objetiva y se configura probando que una parte o la totalidad de un bien inmueble de propiedad del demandante, fue ocupado permanentemente por la administración o por particulares que actúan autorizados por ella.<sup>51</sup> (...) Son por tanto supuestos o elementos de la responsabilidad del Estado por ocupación permanente el daño antijurídico, que consiste en la lesión del derecho real de propiedad de que es titular el demandante, quien no tiene el deber jurídico de soportarla y la imputación del daño al ente demandado, por la ocupación permanente, total o parcial, del bien inmueble de propiedad del demandante”.<sup>52</sup> (Destaca la Sala).

El legislador, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, atiende razonable y proporcionalmente a los requerimientos y particularidades propias de las cambiantes exigencias de la realidad jurídica, sin desconocer los postulados constitucionales de los artículos 1º, 2º, 6º y 90 de la Carta.

Por las razones expuestas, la Sala declarará exequible la expresión: “o a un particular que

haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”, contenida en el artículo 140 de la ley 1437 de 2011.

### 3.2. Presentación de los cargos y problema jurídico respecto del aparte acusado del inciso 2° del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011

En cuanto a la expresión del artículo 144: “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”, considera el actor que el restringir la competencia del juez, en el trámite de una acción presentada para proteger y defender los derechos colectivos, impidiéndole anular actos administrativos o contratos, desconoce que la acción popular es una acción principal encaminada a proteger esos derechos. Por ello, considera que se vulnera el derecho a un debido proceso y el derecho a acceder a la justicia, ya que el artículo 88 superior no restringe la competencia de los jueces en el trámite de acciones populares. Aduce que el restringir la competencia funcional del juez equivale a restringir la acción misma.

Algunos intervinientes estiman que el juez popular no debe estar facultado para declarar la nulidad de actos administrativos y contratos estatales, por cuanto el mismo legislador estableció diferentes acciones para dichos propósitos. Algunas instituciones educativas y ciudadanos intervinientes acogen en su totalidad las consideraciones del demandante, coadyuvando sus pretensiones.

Conforme al debate así planteado por el demandante y los intervinientes en este juicio, corresponde a esta Corporación establecer si la expresión: “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”, incluida en el artículo 144 de la misma ley, vulnera los artículos 88, 29 y 229 de la Carta, al no permitir que los jueces constitucionales puedan anular los actos administrativos y los contratos de la administración en el marco de las acciones populares.

#### 3.2.1. Las acciones populares. Contenido, finalidad y características

Esta Corporación ha tenido oportunidad de referirse in extenso a las acciones colectivas, y dentro de ellas a las acciones populares, tanto en sede de control concreto como de control

abstracto de constitucionalidad. En este último caso, a propósito de sendas demandas que en el pasado han sido formuladas contra distintas disposiciones de la Ley 472 de 1998, por medio de la cual se desarrolla el artículo 88 superior en relación con las acciones populares y de grupo, y que en esta oportunidad, pero en el marco de lo regulado en la ley 1437 de 2011, vuelve a ser objeto de un nuevo cuestionamiento de inconstitucionalidad.

En tales pronunciamientos, dentro de los que cabe mencionar las Sentencias C-215 de 1999, C-1062 de 2000, C-377 de 2002 y C-569 de 2004, la Corte se ha detenido en el análisis detallado del contenido, finalidad y características especiales que identifican las acciones populares.

Inicialmente ha destacado en dichos fallos el estrecho vínculo existente entre el modelo de Estado social, democrático y participativo adoptado por la Constitución de 1991 y el instituto de las acciones colectivas, populares y de grupo. Ha expresado al respecto que tales acciones constituyen mecanismos de participación social instituidas a favor del ciudadano para defender y representar intereses comunitarios con una motivación esencialmente solidaria, propósito que es conforme con el nuevo modelo de Estado cuya dimensión social implica, por una parte, un papel activo de las autoridades basado en la consideración de la persona y en la prevalencia del interés público, y por la otra, un mayor protagonismo del ciudadano en cuanto el mismo está llamado a participar en la actividad estatal, no sólo a través de la elección libre de sus representantes, sino también, por medio de distintos mecanismos de deliberación, colaboración, consulta y control, en las decisiones que los afectan e impulsando la acción de las autoridades en el propósito común de asegurar los fines del Estado.

Apoyada en la ley y la doctrina especializada, la jurisprudencia constitucional ha definido las acciones populares como el medio procesal con el que se busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidades: a) evitar el daño contingente (preventiva), b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva), c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa).

A partir de tal definición, ha dejado en claro la jurisprudencia que el objetivo de las acciones

populares es, entonces, defender los derechos e intereses colectivos “de todas aquellas actividades que ocasionen perjuicios a amplios sectores de la comunidad, como por ejemplo la inadecuada explotación de los recursos naturales, los productos médicos defectuosos, la imprevisión en la construcción de una obra, el cobro excesivo de bienes o servicios, la alteración en la calidad de los alimentos, la publicidad engañosa, los fraudes del sector financiero etc”<sup>53</sup>.

Sobre los derechos colectivos, ha precisado la Corte que los mismos se caracterizan por ser derechos de solidaridad, participativos y no excluyentes, de alto espectro en cuanto no constituyen un sistema cerrado a la evolución social y política, que pertenecen a todos y cada uno de los individuos y que, como tales, exigen una labor anticipada de protección y una acción pronta de la justicia, inicialmente dirigida a impedir su afectación y, en su defecto, a lograr su inmediato restablecimiento, lo cual, precisamente, se logra a través de las llamadas acciones colectivas, populares y de grupo.

La Constitución Política, en el artículo 88 inciso primero, consagra y reconoce la institución jurídica de las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, categorizando como derechos de tal naturaleza los relacionados con el patrimonio público, el espacio público, la seguridad y salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica, al tiempo que delega en el legislador la facultad de regular tales acciones y de ampliar el espectro de los derechos susceptibles de protección por esa vía judicial.

Ha recordado la Corte que las acciones populares no son una institución reciente y novedosa dentro del sistema jurídico colombiano, por cuanto en el Código Civil y en algunas otros ordenamientos, inclusive anteriores a 1991, ya se contemplaban acciones de ese tipo para: (i) la protección de bienes de uso público (C.C. arts. 1005 a 1007, 2358 y 2360), (ii) los casos de daño contingente (C.C. arts. 2359 y 2360), (iii) la defensa del consumidor (Decreto-Ley 3466 de 1982), (iv) el espacio público y ambiente (Ley 9ª de 1989 y (v) la competencia desleal (Ley 45 de 1990).

No obstante, ha reconocido igualmente la jurisprudencia que fue el constituyente de 1991 quien se encargó de elevar a rango constitucional las acciones populares, haciendo a su vez, en el propio artículo 88 de la Carta, una enumeración apenas enunciativa de los derechos e

intereses colectivos que pueden ser protegidos por esa vía, y, como ya se mencionó, delegando en el legislador, no sólo la facultad para regularlas, sino también la atribución de ampliar el catálogo de derechos e intereses colectivos susceptibles de protección a través de las mismas, en el evento en que participen de similar naturaleza y, en todo caso, siempre que no contraríen la finalidad pública o colectiva para la cual fueron concebidos.

Sobre la constitucionalización de tales acciones este Tribunal expresó que ello obedece “a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos”<sup>54</sup>. Bajo esos nuevos supuestos, “las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad”<sup>55</sup>.

Ahora bien, en la Sentencia C-215 de 1999, la Corte hizo un análisis detallado de las características que identifican las acciones populares, destacando las siguientes:

a) Las acciones populares pueden ser promovidas por cualquier persona. Explicó la Corte que la Constitución de 1991 no distinguió, como sí lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, ya que ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”, que fue el utilizado por el artículo 88 superior para describir el margen de influencia de tales acciones. En ese entendido, las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y, por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona, natural o jurídica, a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño o amenaza a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley.

b) Las acciones populares son ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones y por las mismas causas, contra los particulares. Acorde con el constitucionalismo occidental contemporáneo, las acciones populares proponen optimizar los medios de defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la administración pública propiamente

dicha y de los grupos y emporios económicos de mayor influencia, por ser estos sectores quienes, en razón a su posición dominante frente a la mayoría de la comunidad, están en capacidad de afectar o poner en peligro el interés general. Desde esta perspectiva, las acciones populares parten del supuesto de que quienes las ejercen se encuentran en una situación de desigualdad.

c) Las acciones populares tienen un fin público. Ello implica que el ejercicio de las acciones populares persigue la protección de un derecho colectivo, esto es, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, de la comunidad en su conjunto, excluyendo entonces cualquier motivación de orden subjetivo o particular. Cabe destacar, sin embargo, que la posibilidad de que cualquier persona perteneciente al colectivo afectado pueda acudir ante el juez en defensa del mismo, le permite obtener a ésta, de forma simultánea, la protección de su propio interés.

d) Las acciones populares son de naturaleza preventiva. Esto significa que su ejercicio o promoción judicial no está supeditado o condicionado a que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se buscan proteger. Es suficiente que se presente la amenaza o el riesgo de que se produzca el daño, para que pueda activarse el mecanismo de la acción popular. Esto, en razón a que desde sus orígenes, las acciones populares fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público.

e) Las acciones populares tienen también un carácter restitutorio. En cuanto dichos mecanismos de protección persiguen el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses colectivos, se les atribuye también un carácter eminentemente restitutorio.

f) Las acciones populares no persiguen en forma directa un resarcimiento de tipo pecuniario. La ausencia de contenido subjetivo de las acciones populares conlleva a que, en principio, su ejercicio no persiga un resarcimiento de tipo pecuniario a favor de quien promueve la defensa de un interés colectivo. No obstante, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra el actor popular, o de una recompensa, que, en todo caso, no puede convertirse en el único incentivo que ha de tener en cuenta quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte.

g) Las acciones populares gozan de una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos. Finalmente, hay que observar que las acciones populares no plantean en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que son un mecanismo de protección principal de los derechos colectivos preexistentes, radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial. En ese sentido, el proceso de acción popular tiene una estructura especial que lo diferencia de los demás procesos de contenido litigioso, ya que no plantea una verdadera litis ya que lo que persigue es la efectividad y eficacia de un derecho colectivo haciendo cesar su lesión o amenaza o logrando que las cosas vuelvan a su estado anterior. El carácter principal de la acción popular resulta compatible con las acciones contenciosas administrativas previstas para solicitar la declaratoria judicial de la nulidad de los actos o contratos estatales.

### 3.2.2. Constitucionalidad de la expresión demandada del artículo 144 de la ley 1437 de 2011

A juicio del demandante la expresión: “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”, contenida en el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, desconoce el carácter principal de las acciones populares y vulnera el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, porque, en su concepto, dado que la Constitución, en su artículo 88 no contempló excepción alguna para la judicatura en cuanto a anular el respectivo acto o contrato que vulnere o amenace un derecho colectivo; ella tiene competencia para hacerlo, lo cual se ve frustrado con la expresión acusada.

Encuentra esta Corporación que el segmento normativo controvertido por el demandante resulta acorde con los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, toda vez que la expresión cuestionada del inciso segundo del artículo 144 de la ley 1437 no desconoce el debido proceso judicial sino que por el contrario lo fortalece, como también clarifica los alcances que los jueces populares deben dar a sus sentencias, todo dentro del marco de la potestad de configuración normativa que tiene el legislador, sin que por esta razón se desconozcan el acceso a la administración de justicia o el carácter principal de las acciones populares. En

efecto:

El artículo 88 de la Carta dispone:

“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”.

Las acciones populares creadas por este artículo han tenido un gran desarrollo jurisprudencial, tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, cuyas características principales han sido descritas en el numeral anterior de esta providencia.

El actor pone de presente que la acción tiene carácter principal y su finalidad es la protección de los derechos colectivos, de manera que lo regulado en el aparte demandado no se aviene a la prescripción constitucional que estableció la acción popular como medio principal de defensa de los derechos colectivos, convirtiéndola en subsidiaria.

No obstante las apreciaciones del actor, la Sala trae a colación las consideraciones expresadas por esta Corporación al revisar fallos de tutela, las cuales acoge en esta oportunidad. En la sentencia T-446 de 2007, sobre el particular señaló:

“(…) ni la Constitución<sup>56</sup> ni la ley<sup>57</sup> supeditan el ejercicio de la acción popular a la existencia de otro u otros mecanismos de defensa judicial como pasa a explicarse.

En efecto, la acción popular no está prevista en la Constitución como una acción de carácter subsidiario, dado el objeto que persigue cual es la protección de derechos e intereses colectivos. Acciones populares que según la ley, son medios procesales para evitar el daño

contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los citados derechos. Así, su configuración constitucional y legal permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios.

Sin embargo, si bien las acciones populares protegen derechos e intereses colectivos los cuales, desde 1991 son de orden constitucional, y su trámite no se supedita a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no es menos cierto que no son acciones configuradas para desplazar los otros medios de defensa judicial ordinarios establecidos por la ley para la solución de las diversas controversias jurídicas, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional y su orbita de acción son diferentes a aquellos que corresponden a los jueces ordinarios<sup>58</sup>. Es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en diversas providencias<sup>59</sup>, al considerar que “la acción popular no se ve afectada por la existencia de otras acciones como tampoco su procedencia impide que ellas se inicien para que las autoridades de control deduzcan las responsabilidades del caso. Se trata pues, de mecanismos judiciales independientes con propósitos también distintos”<sup>60</sup>.

Igualmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de octubre 05 de 2005<sup>61</sup>, al respecto consideró:

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

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

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

Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad<sup>62</sup> y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias<sup>63</sup> pertinentes para la protección de derechos subjetivos. Planteamiento distinto perdería de vista la esencia de las acciones populares como medio de defensa de los derechos colectivos antes que instrumento para definir controversias particulares<sup>64</sup>.

Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción en lo contencioso administrativa) en modo alguno tornan improcedente su interposición. Ciertamente, en los antecedentes históricos del artículo 88 superior se puso de relieve que:

‘Con la instauración a nivel constitucional de las acciones populares se habrá dado un paso fundamental en el desarrollo de un derecho solidario que responda a fenómenos nuevos de la sociedad, como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se le causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas leales y justas.

El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las

acciones populares, a la vez que les atribuye una autonomía que no excluye el recurso a acciones individuales de estirpe tradicional. Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad, protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de 'difusos' como también los propios del actor" 65(Subraya y negrea la Sala).

En efecto, el trámite de la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, pueden tener un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias, cuando se trata de prevenir la vulneración de derechos colectivos (Ley 472 de 1998, artículo 6) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados, como se ha venido señalando".

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

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

El derecho de defensa de quien puede resultar afectado con la anulación de un contrato no se satisface simplemente con el hecho de que dicho afectado haya sido citado a la acción

popular. El derecho al debido proceso implica ser juzgado conforme con el procedimiento señalado previamente para el propósito correspondiente. Sobre esta materia la Corte ha considerado:

“Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

(...)

En esta misma línea, la Corte en la sentencia C-407 de 1997, al declarar la inexecutable del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil que disponía que cuando a un proceso especial se le otorga el trámite correspondiente al proceso ordinario, la nulidad generada por tal circunstancia debía entenderse saneada, estimó:

“Tampoco es válido argumentar que la constitucionalidad de las normas acusadas se basa en que el proceso ordinario garantiza mejor que los demás el derecho de defensa, porque en él se cumple un debate más amplio. Aparentemente acertado, este razonamiento pierde su fuerza si se tiene en cuenta, en primer lugar que si así fuera solamente existiría un procedimiento: el ordinario. Y si, además, se tiene presente que todos los procedimientos especiales respetan el derecho de defensa: si no lo hicieran no podrían existir. Sus diferencias nacen de las que existen entre los diversos asuntos. Tales procedimientos especiales consultan esa diversidad, como ya se ha dicho”<sup>67</sup>.

Igualmente, esta Corporación en la sentencia C-088 de 2000, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 40 de la ley 472 de 1998, cuya norma refiere a los sobrecostos en la contratación estatal, aseguró que “No se trata, pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo”.

Estas razones soportan ampliamente la limitación expresa de las facultades del juez en las acciones populares introducida por la ley 1437 de 2011, de manera que sin privar a los ciudadanos de este importante instrumento, se evite el desconocimiento del derecho al debido proceso (C. Po. art. 29), el cual está protegido con la expresión demandada, segmento que si bien prohíbe la anulación del acto o contrato de la administración, da al juez popular la facultad de adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos<sup>68</sup>.

De otra parte, advierte la Corte que de la lectura del artículo 14 de la ley 472 de 1998, la acción popular procede contra la autoridad pública “cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el interés colectivo”.

De las normas anteriores se infiere que la acción popular no fue diseñada por el legislador como mecanismo a través del cual el juez competente pueda decretar la anulación de un acto administrativo o un contrato, por esta razón, la limitación expresa de adoptar estas decisiones, no contraviene el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.).

La Corte comparte la apreciación del Ministerio Público en su intervención cuando afirma que “anular el acto o contrato no es indispensable para proteger derechos e intereses, pues el juez tiene a su alcance múltiples medidas para lograr la protección de éstos, sin necesidad de definir la validez del acto o contrato, lo cual es una tarea propia y exclusiva, conforme al principio de especialidad, de la autoridad judicial que tiene competencia para ello”.

El juez popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular en la que deba decidir si un acto administrativo o un contrato está afectado de alguna causal de nulidad, sino que aquí tiene el papel de garante de un derecho colectivo. Del mismo modo, el juez de la acción popular, antes que dedicarse a determinar quien debía proferir un acto o cómo debía celebrarse un contrato, debe adoptar las medidas materiales<sup>69</sup> que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato, cuya forma no consiste precisamente en disponer su anulación<sup>70</sup>.

Todo este conflicto no es nuevo, como se sabe, a partir de la expedición de la ley 472 de 1998, que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política en relación con las acciones populares y de grupo, se ha planteado en la jurisprudencia la discusión acerca de si, mediante la acción popular, el Juez contencioso administrativo, que es el competente para su conocimiento cuando la actuación surge de una acción o una omisión de una entidad pública, puede decretar la nulidad de un acto administrativo o de un contrato estatal.

El problema surgió porque la ley 472 de 1998 no señaló expresamente que la acción popular sólo podría interponerse en los eventos en que el objeto perseguido por ella no pudiera alcanzarse mediante el ejercicio de otras acciones, como se dispuso expresamente para el caso de la acción de tutela.

Por esta razón, en algunas decisiones judiciales 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; en otras se ha sostenido la tesis contraria para afirmar que la existencia de un proceso especial para declarar la nulidad de un acto administrativo o de un contrato no impide que mediante la acción popular el juez contencioso administrativo pueda también adoptar dichas decisiones, a partir de los cual se deduce el carácter autónomo de dicha acción.

Acudiendo a la doctrina del “derecho viviente”<sup>71</sup>, la Sala ilustrará el estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que no ha sido pacífica sobre esta materia, generando de paso una inseguridad jurídica a los administrados y a los operadores judiciales<sup>72</sup>.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 18 de mayo de 2000 (AP-038), destacó:

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

Igualmente, la Sección Tercera en sentencia del 31 de octubre de 2002 (AP. 1059-01), al

resolver una acción popular relativa a un contrato estatal ordenó la suspensión de su ejecución como medida inmediata para salvaguardar los derechos colectivos invocados y defirió al juez de la acción ordinaria la decisión sobre su validez, así:

“Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo en razón de la demanda de nulidad absoluta que en reconvención formuló la administración, la cual deberá resolver en los términos del artículo 44 y siguientes de la ley 80 de 1993, se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso”.

La Sección Segunda de dicha Corporación mediante providencia del 5 de julio de 2001 (Exp: AP-107), confirmó el rechazo in limine de una demanda en la cual se pretendía la declaratoria de nulidad de la elección del Director de una Corporación Autónoma Regional, porque se consideró que la finalidad del actor era esgrimir pretensiones propias de la acción electoral.

La Sección Cuarta, mediante decisión del 28 de agosto de 2003 (AP-90278-01), aclara:

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

Nuevamente la Sección Tercera, cambiando su postura, consideró que en la Acción Popular si era procedente verificar la legalidad de un acto administrativo y disponer su anulación, luego de resumir las tesis propuestas hasta ese momento. En providencia del 21 de febrero de 2007 (AP-2005-00355) consideró:

“Lo cierto de todo es que, para la Sala, en medio de las distintas posiciones descritas, la ley de acciones populares permite que proceda este medio de defensa, ante la acción u omisión de las autoridades o de los particulares que ejerzan función administrativa, lo cual contempla

la posibilidad de que se presenten, incluso, contra los actos administrativos, que constituyen una de las principales manifestaciones activas o de acción de las autoridades públicas. En síntesis, para esta Sala, con fundamento en la ley, es viable analizar la legalidad de los actos administrativos, al interior de la acción popular, pero condicionado a que esa manifestación de voluntad sea causa directa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, criterio que se comparte y reitera en esta oportunidad, y que responde a la tesis que acepta la procedencia de la acción popular frente a la manifestación de voluntad de la administración, cuando con ésta se vulneran derechos o intereses colectivos”.

La anterior postura fue reiterada por dicha Sección en la sentencia del 21 de mayo de 2008 (AP- 01423-01), así:

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

Más recientemente, la Sección Primera, en sentencia del 18 de marzo de 2010 (AP-2005-00511-01) consideró:

“Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha sido enfática en manifestar que la acción popular contra actos administrativos procede siempre que éstos amenacen o vulneren los derechos e intereses colectivos y en esa medida el juez constitucional tiene la facultad de suspender la aplicación o ejecución del acto administrativo siempre que se acredite que vulnera o amenaza derechos e intereses colectivos. Sin embargo, se resalta que la nulidad de dichos actos es de competencia exclusiva del juez contencioso administrativo, entonces mal podría entenderse que mediante el trámite de una acción popular se puede anular un acto administrativo<sup>73</sup>.

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

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

Debido a estos desacuerdos jurisprudenciales en materia de acciones populares en el Consejo de Estado, las Secciones Primera y Tercera seleccionaron para revisión dos demandas (la facultad de revisión por parte del Consejo fue establecida por la reforma a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (L. 1285/09), con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia, la cual no ha sido resuelta al momento de proferirse la presente decisión<sup>74</sup>.

Estas divergencias jurisprudenciales muestran que no hay suficiente claridad ni argumentos que impongan una cualquiera de las soluciones esbozadas. En este escenario, resulta válido que haya sido el legislador quien, en el ejercicio legítimo de su amplia facultad de configuración normativa (estudiado en el punto 3.1.4.), haya dado solución definitiva a este problema.

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.

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:

“Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de

un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias”<sup>75</sup>.

La Constitución en su artículo 88 establece que la “ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos”, de tal suerte que lo regulado por la ley 1437 de 2011 y ahora cuestionado, corresponde a un texto elaborado para dar cumplimiento por parte del Legislador al deber que se encuentra determinado en la Carta. El Congreso de la República dentro de su potestad de configuración normativa, desarrolló la materia de manera adecuada y con fundamento en una razonable<sup>76</sup> distribución de competencias al interior de la jurisdicción, garantizando el debido proceso, el acceso a la justicia de los ciudadanos y de la misma administración, como también aportando seguridad jurídica a los operadores judiciales.

Recuerda la Sala que el Código Contencioso Administrativo (D. 01 de 1984) es anterior a la Constitución de 1991, por lo que resultaba necesario que el legislador pusiera término a esta controversia jurisprudencial.

Así las cosas, la Sala encuentra que carecen de fundamento los reparos formulados por el demandante contra la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 144 de la ley

1437 de 2011. Al no existir vulneración de los preceptos superiores invocados por el actor, se declarará la exequibilidad de la expresión acusada por lo cargos estudiados en esta oportunidad.

## VII. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

PRIMERO.- Declararse INHIBIDA para decidir en relación con los cargos formulados contra la expresión “La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2344 del Código Civil”, citada por el actor pero que no hace parte del texto oficialmente publicado correspondiente al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “... o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”, contenida en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, por el cargo examinado.

TERCERO.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “... sin que en uno u otro evento, pueda el juez, anular el acto o contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”, contenida en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, por los cargos analizados en esta providencia.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-644/11

ACCION POPULAR-Protección de derechos e intereses colectivos

ACCION POPULAR-Ámbitos de competencia del juez constitucional

DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS-Protección prevista en Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no significa alteración de contenidos y alcances de la acción popular

CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Norma sobre protección de derechos e intereses colectivos no supone derogatoria de la regulación sobre acciones populares

Expediente: D-8422

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo".

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Creo indispensable explicar que he acompañado la decisión de mayoría persuadido de que, ciertamente, las atribuciones amplias de que goza el legislador, en principio, le permiten expedir regulaciones como la aquí demandada la cual, sin embargo, a objeto de evitar que se corra el riesgo planteado por el demandante, frente a lo cual, percibí, hubo univocidad en el pensamiento de la Sala, debe ser interpretada en el sentido de que la acción popular, de origen constitucional, en modo alguno se reduce o pierde eficacia como instrumento idóneo y especializado, de trámite preferencial, previsto específicamente para enervar, superar y reparar -volviendo las cosas a su estado original- en todos los casos y circunstancias en que ello resulte posible, las situaciones fácticas y jurídicas claramente vulneradoras de valores, principios y reglas superiores de la nación y de la sociedad, englobadas dentro del concepto genérico de "derechos e intereses colectivos". De modo que si bien al juez constitucional que tramita la acción popular se le sustrae de la posibilidad de disponer "la declaratoria formal de nulidad" de un acto o contrato, en el entendido de que hay jueces y acciones especializadas al efecto, quienes por las vías respectivas están llamados a dirimir las disputas específicas relacionadas con "intereses subjetivos particulares" subyacentes, derivados del actuar

volitivo de la administración, ello, en modo alguno, puede significar que aquel (Juez de la acción popular) haya quedado impedido, cercenado o limitado, en lo más mínimo, en sus amplias atribuciones que lo facultan y le imponen el deber de ordenar todo aquello que resulte menester en aras de hacer cesar, de manera inmediata, ultractiva o retrospectivamente, los efectos de la situación constitutiva de la vulneración o amenaza de los derechos colectivos, las cuales, algunas de ellas expresadas con claridad en los artículos 25 y 34 de la ley 472 de 1998, a no dudarlo, permanecen absolutamente intactas, en la medida en que el texto demandado, desde ningún punto de vista, supone una derogatoria expresa o tácita de las superiores competencias o atribuciones de que goza el juez constitucional encargado de velar por la supremacía de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad públicos, la moralidad pública, el ambiente y demás categorías afines. Tal derogatoria se descarta por cuanto, ciertamente, en la ley 472 de 1998 no se reconoce expresamente que el juez popular pueda hacer “declaraciones de nulidad” en el mismo contexto o con la finalidad de sustituir los medios de control específicos existentes al efecto, pero, de lo que no cabe duda, es de que, en defensa de los valores superiores que están a su cargo, y, consecuente con la alta consideración jurídico constitucional que se predica de ellos, dicho funcionario sí puede adoptar las decisiones que estime conducentes, que, inclusive, a tono con la mayor categorización de los derechos en juego, pueden resultar más gravosas, apremiantes, perentorias, radicales, de mayor impacto, extensión, cobertura, implicaciones y efectos que las propias o derivadas de las clásicas o tradicionales “declaraciones de nulidad” previstas en el Código Contencioso Administrativo, siempre y cuando actúe en pos de que el interés general o colectivo específicamente afectado se restablezca a plenitud, al punto de que con ello se materialice o se de alcance al principio estructural o fundante de nuestro Estado Social de Derecho, inserto en el artículo primero, parte final, de la Carta que, categóricamente, sirve de guía y orientación para la preservación de nuestro andamiaje constitucional en esta materia.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-644/11

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Procedencia respecto de expresión inexistente en texto de norma demandada

REPARACION DIRECTA EN NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Evento en que se amplía responsabilidad del Estado por daño causado por particular

PROTECCION DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS EN NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Alcance de la competencia del juez popular

Si bien mediante sentencia C-644 de 2011 se decide la exequibilidad de la expresión "...sin que en uno u otro evento, pueda el juez, anular el acto o contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos", contenida en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, asumiendo una de las posturas sostenidas por el Consejo de Estado en algunas sentencias en que ha sostenido que el juez popular no tiene competencia para anular el acto o contrato que dio lugar a la vulneración de derechos colectivos, mientras que en otros fallos del Consejo de Estado se ha aceptado que el juez popular lo pueda hacer, siempre y cuando dichos actos o contratos sean la causa directa del daño generado. Así por cuanto respecto de este tema existe un debate jurídico bastante complejo, considero que la solución constitucional debió ser diferente

DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS-Argumentos que sustentan la competencia del juez popular para anular el acto o contrato que da lugar al daño colectivo

Existen buenos argumentos para sustentar la competencia del juez popular para anular el acto o contrato que dio lugar al daño colectivo: (i) un argumento normativo constitucional, relativo a la mayor entidad constitucional de la acción popular frente a acciones ordinarias; (ii) un argumento formal, relativo a la mayor celeridad y economía procesal; (iii) un argumento pragmático, de manera que se evidencia la mayor conveniencia de resolver todos

los asuntos en una sola acción; y (iv) un argumento normativo constitucional de gran peso, que hace referencia a que en algunas acciones populares es absolutamente necesario que el juez popular anule el acto o contrato que dio origen al daño, para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Procedencia en norma que precisa competencia del juez popular para protección de derechos e intereses colectivos

Referencia: expediente: D-8422

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a esta sentencia, en relación con el ordinal tercero de la parte resolutive, con base en las siguientes consideraciones:

(i) Comparto la decisión contenida en el primer ordinal de la parte resolutive, en cuanto se falla la inhibición en relación con la expresión "la obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2344 del Código Civil", en razón a que considero que en realidad esta expresión no hace parte del texto oficialmente publicado y vigente correspondiente al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, y por tanto es una expresión inexistente frente a la cual no puede haber pronunciamiento alguno de fondo por parte de esta Corporación.

(ii) Así mismo, me encuentro de acuerdo con el fallo de exequibilidad de la expresión "... o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma", contenida en el artículo 140 de la ley 1437 de 2011, por el cargo que se examinó en la sentencia, ya que se exponen y desarrollan los argumentos para demostrar que no se vulnera la Constitución en su Preámbulo y en los artículos 1º, 2º, 6º y 90 Superiores. Así, si bien el demandante considera que no es necesaria la expresa autorización para que deba responder el Estado, en

la parte considerativa y motiva de la presente decisión, se demuestra que la norma, con esta exigencia de expresa instrucción, no excluye la posibilidad de que el Estado responda también por la conducta de un particular, bajo la condición de que se reúnan los requisitos que establece su responsabilidad patrimonial conforme con la Constitución Política. De esta forma, el requisito de expresa instrucción constituye un supuesto más, de lo cual se colige que persiste la responsabilidad del Estado para reparar lo daños que causan los particulares, siempre y cuando su conducta sea imputable al Estado, lo cual no es contrario a la Constitución, sino que se ajusta plenamente a ella.

(iii) No obstante lo anterior, en relación con la propuesta de exequibilidad de la expresión "...sin que en uno u otro evento, pueda el juez, anular el acto o contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos", contenida en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, me permito aclarar mi voto, por cuanto respecto de este tema existe un debate jurídico bastante complejo y considero que la solución constitucional adoptada debió ser diferente.

En este orden de ideas, evidencio que la sentencia asume la primera postura jurisprudencial y decide la exequibilidad de la norma demandada, de manera que reconoce que si bien el juez popular tiene la competencia para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, a través de órdenes concretas de hacer o no hacer, competencia que no puede limitarse, ésta debe diferenciarse de la competencia para anular el acto o contrato que dio lugar a la vulneración de derechos colectivos, lo cual en la sentencia se defiende, afirmando que en estricto sentido jurídico, esta potestad le corresponde a un juez dentro de un proceso ordinario.

No obstante lo anterior, el suscrito magistrado considera que existen buenos argumentos para sustentar la competencia del juez popular para anular el acto o contrato que dio lugar al daño colectivo: (i) un argumento normativo constitucional, relativo a la mayor entidad constitucional de la acción popular, en cuanto se orienta a proteger derechos e intereses colectivos y públicos, frente a acciones judiciales ordinarias que se dirigen a proteger intereses individuales y privados; (ii) un argumento formal, relativo a la necesidad de mayor celeridad y economía procesal, ya que las acciones populares duran bastante tiempo en ser resueltas, como para que al final los actores populares tengan que iniciar otras acciones judiciales ordinarias con el fin de obtener la nulidad del acto o contrato que dio lugar al daño

colectivo; (iii) un argumento pragmático, que tiene en cuenta, en el mismo sentido que el argumento formal, la mayor eficiencia y economía procesal, de manera que se evidencia la mayor conveniencia de resolver todos los asuntos en una sola acción judicial; y adicionalmente (iv) otro argumento normativo constitucional de gran peso, el cual hace referencia a que en algunas acciones populares sí es absolutamente necesario que el juez popular anule el acto o contrato que dio origen al daño, para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, ya que el acto o contrato es en sí mismo el que genera el daño, como se evidencia en los casos de protección de la moralidad pública, entre otros.

Por estas razones, considero que la solución más correcta, desde el punto de vista constitucional, era una declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión normativa, en el entendido de que el juez tendrá competencia para anular el acto o contrato, cuando éste sea la causa directa e inmediata del daño y sea imperioso para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. Con esa decisión, en criterio de este magistrado, se hubieran protegido las finalidades constitucionales propias de la acción popular, como la defensa de los derechos e intereses colectivos y públicos, la necesidad de una mayor celeridad y economía procesal, y la imperiosa necesidad de tener en cuenta que existen casos en que el acto o contrato es en sí mismo el que genera el daño, casos en los que el juez popular debe contar con la potestad de anular dicho acto o contrato generador del perjuicio colectivo.

Con fundamento en las anteriores razones, aclaro mi voto a esta providencia judicial.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Publicada en el diario oficial número 47.956 de 18 de enero de 2011.

2 Corte Constitucional, sentencia C-342 de 2006.

3 Ver entre otras las sentencias C-760/01 y C-775/01, con relación al Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000; y las sentencias C-646 /01 y C-431/01, con relación al Código Penal, Ley 599 de 2000.

4 En este sentido, en la sentencia C-957 de 1999, se afirmó: “En lo relativo a su vigencia, como regla general, la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella, facultad igualmente predicable del legislador extraordinario. Los efectos jurídicos de los actos legislativos y de las leyes que se producen a partir de la promulgación en el Diario Oficial, dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad sin que por ello se afecte la validez ni la existencia de los mismos”; y en la sentencia C-084 de 1996, se explicó que “la promulgación, como ya se expresó, consiste en la publicación oficial de la ley; la entrada en vigencia es la indicación del momento a partir del cual ésta se vuelve obligatoria para los asociados, esto es, sus disposiciones surten efectos. Por tanto, bien puede suceder que una ley se promulgue y sólo produzca efectos meses después; o también es de frecuente ocurrencia que el legislador disponga la vigencia de la ley “a partir de su promulgación”, en cuyo caso una vez cumplida ésta, las disposiciones respectivas comienzan a regir, es decir, a ser obligatorias”. De manera similar, refiriéndose al período de obligatoriedad o vigencia de la ley, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 25 de enero de 1983, estableció: “La necesidad de la promulgación de la ley como requisito indispensable para reconocer su vigencia es doctrina universalmente aceptada. (...) ...debe entenderse que la ley no obliga al administrado sino en virtud de su promulgación. Este es el sentido que debe dársele a la jurisprudencia del Consejo y de la Corte cuando uno y otra sostienen que el principio de la promulgación de la ley como condición para su obligatoriedad, admite como excepción el señalamiento expreso de su vigencia en el propio tenor de la ley, pero debe entenderse que esta vigencia no puede ser antes de su promulgación, especialmente cuando se trate de normas que imponen obligaciones a los administrados”.

5 La Corte Constitucional en la sentencia C-873 de 2003 determinó el sentido que se debe adscribir a ciertas categorías empleadas en las normas, de conformidad con el uso que se les ha dado en el ordenamiento jurídico nacional, así:

“(a) La “existencia” de una norma hace relación a su introducción al ordenamiento jurídico, es decir, a su ingreso normativo al sistema, una vez se han cumplido las condiciones y requisitos establecidos por el mismo ordenamiento para ello. Así, se predica la existencia de una ley ordinaria cuando el proyecto correspondiente, después de haber sido publicado oficialmente en tanto tal, ha sido aprobado en cuatro debates por el Congreso y ha recibido la sanción presidencial (art. 157, C.P.); a su vez, se afirma que un acto legislativo existe cuando ha surtido los ocho debates de rigor en las dos cámaras legislativas (art. 375, C.P.).

(b) La “validez” de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión. Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia –por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el Congreso y haber recibido la sanción presidencial –; pero por regla general, las disposiciones que regulan la validez formal de las normas –legales u otras- establecen condiciones mucho más detalladas que éstas deben cumplir, relativas a la competencia del órgano que las dicta, y al procedimiento específico que se debe seguir para su expedición.

(c) La “eficacia” de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de “eficacia” hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de “eficacia” se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas.

(d) La “vigencia” se halla íntimamente ligada a la noción de “eficacia jurídica”, en tanto se refiere, desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor. Así, se hace referencia al período de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos. La regla general en nuestro

ordenamiento es que las normas comienzan a surtir efectos jurídicos con posterioridad a su promulgación, según lo determinen ellas mismas, o de conformidad con las normas generales sobre el particular. El verbo “regir” es utilizado por las normas para hacer referencia a su vigencia, entendida en este sentido”.

6 Ver folio 17 del expediente.

7 Cfr. Gaceta del Congreso N° 683 de 2010, Ponencia para primer debate - Cámara de Representantes, proyecto de ley 198 -Senado- 315 Cámara, Págs. 1-80.

8 Ibídem, página 43.

9 Sentencia C-1052 de 2001.

10 Ver, entre otras, las sentencias C-236 de 1997, C-447 y C-542 de 1997, C-519 de 1998, C-986 de 1999, C-013 de 2000, C-1052, C-1256 de 2001, C-1294 de 2001, C-918 de 2002, C-389 de 2002, C-1200 de 2003, C-229 de 2003, C-048 de 2004, C-569 de 2004, C-1236 de 2005, C-1260 de 2005, C-180 de 2006, C-721 de 2006, C-402 de 2007 y C-666 de 2007.

11 “De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad”. Sentencia C-1052 de 2001.

12 “Finalmente, la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha

sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional". Sentencia C-1052 de 2001.

13 Sentencias C-673 de 2001, C-913 de 2004 y C-127 de 2006, entre otras.

14 Cfr. Sentencia C-146 de 1998.

15 Al respecto es de recordar que el principio de igualdad, como lo ha expresado la Corte Constitucional, "es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales" (Sentencias C-221/92 y C-472/92).

16 "Esta Corporación en múltiples pronunciamientos se ha referido al principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política. Al respecto ha sostenido "que la razón de su exigencia constitucional tiene como único propósito evitar las incongruencias legislativas que aparecen en forma súbita, a veces inadvertida e incluso anónima, en los proyectos de ley, las cuales no guardan relación directa con la materia específica de dichos proyectos. Estas incongruencias pueden ser, entonces, el resultado de conductas deliberadas que desconocen el riguroso trámite señalado en la Constitución para convertir en ley las iniciativas legislativas." // Ahora bien, es importante resaltar que, en aras de no obstaculizar el trabajo legislativo, el principio de la unidad de materia no puede distraer su objetivo, esto es, sobrepasar su finalidad pues, "Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley"

(sentencia C-025 de 1993). En consecuencia, el término “materia” debe interpretarse desde una perspectiva “amplia, global, que permita comprender diversos temas cuyo límite, es la coherencia que la lógica y la técnica jurídica suponen para valorar el proceso de formación de la ley.” Sentencia C-565 de 1997.

17 Sentencia C-832 de 2001.

18 Gaceta Judicial, Tomo XIV, N° 685, pág.56.

19 Sentencia C-832 de 2001.

20 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006: “El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece tal acción, tiene su fundamento Constitucional en el artículo 90 de la Carta, el cual le impone a aquel el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es decir que el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber legal de soportar.// Se observa entonces que no importa si el actuar de la Administración fue legal o no, para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de aquella; no obstante, la jurisprudencia continúa aplicando los regímenes de imputación de responsabilidad que de tiempo atrás ha ido decantando, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación de la existencia del daño y del nexo causal de éste con aquella.// El principal régimen de imputación de responsabilidad es el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: 1) el daño antijurídico sufrido por el interesado, 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio”.

21 Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995.

22 Sentencia C-333 de 1996.

23 Ibídem.

24 Cfr. Sentencia C-832 de 2001.

25 Cfr. Sentencia C-333 de 1996 y la Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995.

26 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 06 de 2008., Exp: 16075: “El artículo 90 de la Carta de 1991 es también un eficaz catalizador de los principios y valores que sirven de orientación política de nuestro Estado Social de Derecho y que deben irradiar todo nuestro sistema jurídico, catálogo axiológico dentro del cual ocupa especial importancia la garantía de la libertad (preámbulo). // Asimismo el artículo 90 sigue el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y liberal, que no puede ser otro que la eficacia general de los derechos fundamentales, los cuales vinculan a todas las manifestaciones del poder público, como enseña Locke<sup>26</sup> y proclama en forma contundente la Carta Política al disponer que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 eiusdem).// En tales condiciones frente a cualquier daño antijurídico imputable a una autoridad pública con ocasión del ejercicio de uno de los llamados derechos de libertad, el Estado deberá responder patrimonialmente, no sólo por que así se infiere de una lectura insular del artículo 90 Constitucional, sino además por que se desprende de una lectura sistemática de la Carta”.

27 La puesta en evidencia de los intereses colectivos, dentro de los cuales se incluye la moralidad pública como uno de los derechos a proteger se inscribe igualmente en este sentido.

28 “Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

“La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

29 Ver Sentencia C-543 de 2001.

30 Sentencia C-866 de 1999.

31 Sentencia C-286 de 1996.

32 Sentencia C-563 de 1998.

33 Sentencia C-089<sup>a</sup> de 1994.

34 Con el propósito de poner en concordancia el texto de la Constitución de 1991 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011, que consagra el ámbito de aplicación de la parte primera del código, establece que sus normas se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las Ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos se les dará el nombre de autoridades. En este sentido el código nuevo avanza en materias como el derecho de petición ante organizaciones e instituciones privadas (art. 32) y derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas (art. 33). Estas normas dejan ver la importancia que el Legislador ha acordado a los particulares dentro del novedoso estatuto.

35 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 19 de 2004: “Así las cosas, erró el tribunal al estimar que si los perjuicios cuya indemnización se reclamaba derivaban de un acto administrativo, forzosamente debían reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues como quedó visto, es perfectamente posible que de decisiones proferidas por la administración con apego a la Constitución y a la Ley, se deriven perjuicios para los administrados, los cuales constituyen un daño especial resarcible mediante la acción de reparación directa”.

36 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, pág. 211, Universidad Externado de Colombia, 2004.

37 Mediante sentencia C-137 de 1999, la Corte Constitucional declaró EXEQUIBLE el aparte del numeral 4 del artículo 137 del C. C. A. que establece “Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de

su violación”, bajo la condición de que ‘cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución”’.

38 Jaime Orlando Santofimio G., op. Cit., pág. 213.

39 La jurisprudencia de la Sección Tercera ha interpretado esa norma en aplicación de los principios pro actioni y pro damato según los cuales, en algunos casos el término de caducidad debe empezar a contarse a partir de la fecha en que el interesado tuvo conocimiento del hecho que produjo el daño, que puede coincidir con la ocurrencia del mismo en algunos eventos, pero en otros casos no. Ver Auto de 30 de enero de 2003, Exp. 22.688 y Auto de 11 de mayo de 2006. Exp: 30.325.

40 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 25 de 2.001.

41 La Corte en sentencia C-430 de 2000, declaró la exequibilidad del artículo 78 del C.C.A. y sostuvo que en desarrollo de la norma los perjudicados pueden demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no solo a la entidad causante del perjuicio, sino al funcionario o a ambos. Pero, en cuanto a la efectividad de la responsabilidad del funcionario armonizó la disposición con el inciso segundo del art. 90 de la Constitución y estimó que los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño, con ello se garantiza, de un lado, la reparación al perjudicado, porque queda debidamente asegurado con el respaldo patrimonial del Estado, y de otro, se consigue que pueda establecerse dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la acción de repetición.

42 Véase las Sentencias C-032 y C-081 de 1996; C-327, C-429 y C-470 de 1997; y, C-198 de 1998.

43 Ver, entre otras, las sentencias C-537 de 1993 y C-373 de 1995.

44 Sentencia C-316 de 2002.

45 Sentencia C-692 de 2008.

46 Cfr. Gaceta del Congreso N° 951 de 2010. Ponencia para segundo debate - Cámara de Representantes del proyecto de ley N° 198 - Senado-315-Cámara, Págs. 1-132.

47 Código Civil colombiano, artículo 2341: “RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

48 Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118.: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.// La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.// La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.// Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo los mandatos de buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos”(art. 28, ley 80 de 1993) en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista para citar algunas disposiciones, en el inciso 2° del artículo 90 de la C. N y en el artículo 77 del CCA; la igualdad de las personas ante la Ley (art. 13 de la C.N, entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia art. 40 del CPC, art. 414 del CPP, etc), la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente, y principios de justicia de equidad como éste del no enriquecimiento sin causa.” (negritas fuera del texto original).

49 Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de junio de 1997, actor : Yoshiko Nakayama de Low y otras, expediente n° 11.875.

50 Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de septiembre de 1994, actor José Vicente Cuervo

Londoño, expediente n° 8577.

51 En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de junio 28 de 1994, expediente 6806, señaló: “Esta acción denominada de ocupación de hecho por trabajos públicos, como ya lo ha dicho la Sala, puede utilizarse en el caso en que, no obstante no ser la entidad de derecho público la que materialmente ocupa el predio, los efectos de la conducta irregular o las consecuencias de su falla son similares por cuanto el particular resulta, por dicha falla, privado del derecho de dominio que ejerce sobre el bien”.

52 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 28 de 2005, expediente: 05663-01.

53 Sentencia C-377 de 2002.

54 Sentencia C-215 de 1999.

55 Sentencia Ibídem.

56 C.Po., artículo 88.

57 Ley 472 de 1998.

58 Sentencia SU-067 de 1993.

59 “El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que sólo pueda acudir al ejercicio de las mismas, pues estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular, con el fin de conjurar en forma oportuna aquellos hechos u omisiones que podrían afectar a la comunidad, antes de que generen un daño, para extinguirlo si éste se está produciendo, o bien para restituir las cosas a su estado anterior si ello todavía es posible. En este sentido se precisa que la acción popular es una acción principal y su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones.

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

estudio de la vulneración de los derechos reconocidos a la colectividad.

El ámbito dentro del cual se define la acción popular es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos (...), de lo cual pueden desprenderse además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, que en nada afectan la iniciación, trámite y culminación de la acción popular”<sup>59</sup> (énfasis no original). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 31 de mayo de 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300), Actor: Contraloría General de la Republica, Demandado: La Nación-Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y Cel Caribe S.A. Dragacol S.A.. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. AP-166, Sentencia del 17 de junio de 2001.

60 Sección Tercera - sentencia de junio 17 de 2001.Exp: AP-166.

61 Consejo de Estado - Sección Tercera. Rad: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP) Actor: Procuraduría General de la Nación. Demandado: Amadeo Tamayo Morón.

62 Sobre el origen de los derechos colectivos Vid. Piscioti Cubillos, Doménico. Los Derechos de la tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36.

63 “Su finalidad es pública; no persiguen intereses subjetivos o pecuniarios, sino proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos” (Rodas, Julio César. Marco Constitucional de los derechos colectivos, en Acciones Populares: documentos para debate, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 175).

64 Sentencia C-215 de 1999: “Estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial”.

66 Sentencia C-214 de 1994.

67 Sentencia C-407 de 1997.

68 Sentencia T-446 de 2007: “Sin embargo cabe recordar, que si bien la acción popular puede adelantarse independientemente de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, para la protección de los derechos e intereses colectivos, tampoco se trata de acciones configuradas para desplazar los medios de defensa judicial ordinarios, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional son diferentes a aquellos que corresponden al juez ordinario; es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos. // En efecto, el juez constitucional de la acción popular tiene señalado por la Constitución y la ley su marco de acción para la protección de los derechos e intereses colectivos, pero ello no significa, como lo ha considerado esta corporación, que “a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que le corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo”<sup>68</sup>. En igual sentido puede predicarse respecto de los casos que por efecto de la contratación deben debatirse y decidirse ante los jueces ordinarios conforme a la ley. //Sin embargo, lo anterior no obsta para que el juez de la acción popular aplique los remedios judiciales necesarios para proteger de manera efectiva los derechos e intereses colectivos que encuentre vulnerados. Sostener lo contrario implicaría que en determinadas situaciones la protección de tales derechos e intereses es inocua”.

69 El parágrafo del artículo 229 de la ley 1437 de 2011 ordena aplicar a estos procesos las medidas cautelares del nuevo estatuto, así:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del

conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

70 El juez de la acción popular puede adoptar disposiciones que garanticen los derechos colectivos involucrados, sin decretar su anulación. Puede examinar cuál es la situación de hecho que afecta el interés colectivo, determinar qué forma vulnera dicho interés y disponer acciones para que ella se suspenda y no vuelva a presentarse, sin anular el acto administrativo que la provoca o que la permite, como bien lo asegura uno de los intervinientes.

71 En la Sentencia C-557 de 2001 la Corte hace una clara exposición sobre la doctrina del derecho viviente y el papel preponderante que para la misma tiene la jurisprudencia y la doctrina especializada.

72 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 21 de 2007 (AP-2005-00355): “Al interior de la Corporación se han dado varias discusiones sobre la procedencia de la acción popular para cuestionar la legalidad de los actos administrativos, cobijados con la presunción de legalidad y, en caso de ser ilegales, anularlos. Nada diferente se advierte en la evolución jurisprudencial que, a lo largo de la vigencia de la ley 472 de 1998, ha acompañado el debate, al interior de las distintas Secciones del Consejo de Estado. Se han dado cuatro vertientes en el manejo de este tema: i) tesis restrictiva; ii) tesis amplia; iii) tesis intermedia y, iv) tesis de criterio finalístico. 1.1. La tesis restrictiva, no permite la discusión de la legalidad del acto administrativo en la acción popular, bajo el entendido de que para ello existen las acciones contencioso administrativas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. 1.2. La tesis amplia, defiende la procedencia de la acción sin ninguna cortapisa o condicionamiento frente al análisis de la legalidad del acto administrativo, y admite la anulación del mismo. 1.3. La tesis intermedia, admite la procedencia de la acción, pero condicionada al límite de la decisión, siendo viable suspender los efectos del acto, pero no la anulación, que sólo corresponde al juez de la acción ordinaria. 1.4. La tesis con criterio finalístico, admite la acción pero teniendo en cuenta la finalidad que persiga el actor, de tal suerte que sólo puede anularse el acto administrativo que amenace o transgreda el derecho colectivo, siendo improcedente cuando se trata de un estudio de legalidad, propio de las acciones contencioso administrativas, en las que se enerva las presunciones del acto administrativo bajo el límite de la jurisdicción rogada”.

73 Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. N° 01278-01(AP), 3 de noviembre de 2005.

74 Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto Exp. 73001233100020070012701, mar. 23/11 y Secc. Primera, Auto Exp. 17001333100320090019301, 4 de mayo de 2011.

75 Sentencia C-214 de 1994.

76 Sentencia C-193 de 1998: “Tan importante es que el constituyente reconozca formalmente los derechos como que arbitre el correlativo instrumento para su protección. De este modo el derecho y la garantía se integran en un todo. Los instrumentos de protección son variados, de acuerdo con la específica finalidad que ellos persiguen, cada uno de ellos tiene una función tutelar. Por lo tanto, el orden y la seguridad jurídicos imponen que la utilización de dichos medios se haga en forma racional, de manera que no se interfieran o anulen entre sí y no se les reste su eficacia. En tal virtud, no es admisible que el legislador cree instrumentos sucesivos o paralelos para la protección de los derechos”.