

UNION TEMPORAL SI CALI.

- Que en el presente caso debe aplicarse la figura el agotamiento de jurisdicción, por cuanto ante esta jurisdicción se han interpuesto otras acciones populares que tienen similares pretensiones a las aquí solicitadas.
- Que existe prejudicialidad en los términos del artículo 170 del C.P.C, toda vez que el fallo de primera instancia está supeditado a las resultas de la decisión que se profiera en la acción contractual.
- Que suspender la ejecución del contrato No. DAHM-GAA-015-05 de febrero 11 de 2005 resulta más gravoso para el Municipio de Cali, toda vez que la Administración Municipal no está preparada para realizar las actividades de recaudo, que desde el año 2005 viene desarrollando en forma positiva la UT SICALI.
- Que el a quo desconoció el principio de irretroactividad de la ley, al dar aplicación a la ley 1386 de 2010, por la cual se prohíbe que las entidades territoriales deleguen a cualquier título, la administración de los diferentes tributos a particulares.

Por la parte demandante

La inconformidad del accionante únicamente radica en la negativa del a quo para reconocerle el incentivo económico, pese a que el fallo fue favorable a sus pretensiones.

II. Consideraciones previas**1. Derecho a Moralidad administrativa**

En cuanto al derecho a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, anota la sala, que ciertamente reviste el carácter de colectivos, no sólo porque fue enlistado en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, sino también por sus características esenciales, las que permiten su salvaguarda mediante la acción popular, tal como lo dispone el artículo 88 de la Carta Política, que consagra:

"ARTICULO 88. La Ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos colectivos, relacionados con el patrimonio público, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza.

De igual forma el artículo 209 Superior, respecto de la moralidad administrativa consagra lo siguiente:

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

A su vez, el referido artículo 4º de la Ley 472 de 1998 lo incluye en el literal b) respectivamente así:

" Art 4º -Derechos e intereses colectivos, son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

" b) La moralidad Administrativa;

El concepto de moralidad administrativa tiene como fundamento dos concretas valoraciones (i) como principio fundamental de la organización administrativa, según lo dispuesto en el artículo 209¹ de la Constitución Política y, (ii) como derecho de naturaleza colectiva que conlleva el ejercicio de toda función de naturaleza pública.

La moralidad como principio orientador de la actividad administrativa implica el comportamiento del funcionario o particular que ejerce la función, de conformidad con una serie de parámetros o condiciones determinadas de virtud, honestidad, pulcritud, buena fe, y responsabilidad, que parten de la base del respeto por lo público y por la primacía del interés general.

El derecho a la moralidad administrativa constituye, sin lugar a dudas, uno de los principales logros obtenidos a partir de la configuración política del Estado Social de Derecho. En efecto, significa el derecho - deber que tienen todas las personas que hacen parte de la comunidad de respetar y exigir el respeto porque lo público sea orientado de manera idónea, eficiente y transparente, sin que existan ánimos o intereses subjetivos en el manejo de las funciones estatales, sino que, por el contrario, la ejecución de las actividades y tareas públicas se haga atendiendo al interés general, con plena honestidad y pulcritud.

En ese contexto, la moralidad como derecho colectivo supone la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir ante la jurisdicción para hacer cesar el peligro o restituir las cosas al estado anterior.

En relación con el concepto de moralidad administrativa, la Corte Constitucional en sentencia C-046 de 1994 sostuvo lo siguiente:

¹ "ARTÍCULO 209 C.P.- La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado. La administración pública en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

"En su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad."

De otra parte, el Consejo de Estado varias en oportunidades², respecto al contenido y alcance del derecho a la moralidad administrativa ha precisado lo siguiente:

"Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta³, por lo que todo quebranto de la ley no constituye, necesariamente, violación a la moralidad administrativa, según lo ha precisado la Sala en los siguientes términos⁴:

"(...) Debe recordarse que la moralidad administrativa, en tanto principio constitucional, se encuentra interrelacionada con otros principios y, eventualmente, su protección podría comprender la de alguno de éstos. (...)".

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de octubre de dos mil cinco (2.005) Consejero Ponente Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Radicación: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, sostuvo lo siguiente:

Ahora bien, la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, puede comportar afectación de otros derechos colectivos, en especial la preservación del patrimonio público, como lo ha anotado la Sala:

"...aunque pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros⁵.

Con apoyo en ello, el patrimonio público ha sido definido jurisprudencialmente

"Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto⁶.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004, expediente No 200101118 01, C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia A.P.-518 de 2000.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, A.P. 5422.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁶ Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. AP-300. Consejo de Estado. Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz.

Esta Sala⁷, teniendo en cuenta la textura abierta del principio de moralidad administrativa y con la finalidad lograr su aplicación esbozó una solución que propone la concreción del mismo, mediante ejemplos, de manera que dicha concreción se convierte en el elemento que hace reaccionar al principio con un alcance determinado.

Ahora bien, con el objeto de precisar aún más la aplicación del principio que se estudia, esta Sala en la sentencia AP-170 de 2001, señaló 'que la regla que concreta a la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez deberá estarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella.'

La moralidad administrativa y el patrimonio público: *Para la Corte Constitucional⁸, la moralidad, "en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad"*

Lo expuesto por la Corte pone en evidencia la estrecha relación entre los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, que, en ocasiones, los hace inescindibles, aunque cada uno de ellos posea una naturaleza distinta e independiente.

En efecto, la defensa del patrimonio público, como derecho colectivo, hace alusión al interés que tiene la comunidad en general para proteger los elementos que lo componen⁹; a su vez, la moralidad administrativa no tiene un contenido predeterminado, pues como se dijo, se precisa en cada caso.

Dada la estrecha relación existente entre los derechos en cuestión, es probable que la vulneración de uno de ellos conlleve la del otro, sobre todo si se tiene en cuenta que 'es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público'¹⁰; no obstante, la anterior no constituye una regla absoluta."¹¹

En ese contexto, debe puntualizarse que no todo comportamiento ilegal puede tacharse de inmoral, por cuanto, este último concepto supone, específicamente, una distorsión maliciosa en el comportamiento del funcionario o del particular que cumple funciones públicas que implica el desconocimiento de los postulados constitucionales y legales que informan el recto y adecuado ejercicio de las funciones estatales.

La función administrativa se encuentra sujeta, constitucionalmente, a una serie de principios orientadores, a través de los cuales se pretende garantizar el cumplimiento por parte del Estado de los fines para los cuales fue creado. Estos principios se refieren a la economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, según lo dispuesto

⁷ Sentencia de 16 de febrero de 2001. exp. AP 170, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.

⁹ La doctrina ha considerado que el patrimonio público está compuesto por tres clases de bienes: el territorio, los bienes de uso público y los bienes fiscales (Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo Parte General y Colombiano, Décima Edición, P. 172 a 184)

¹⁰ AP-166 de 2001, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2004, Exp. AP-00336, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

en el artículo 3º¹² del Código Contencioso Administrativo, los que dentro del sistema normativo sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas y en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos los principios orientadores de la función administrativa cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

1.2 La acción popular frente a los contratos estatales

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 472 de 1998, la acción popular es procedente frente a toda acción u omisión de las autoridades públicas, sin excluir las que se generen con ocasión de la actividad contractual del Estado, siempre y cuando con ésta se busque evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio respecto de derechos e intereses colectivos, o para restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Si bien el tema relacionando con la procedencia de la acción popular contra contratos estatales no fue pacífico en sus inicios, dada la existencia de tesis encontradas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, unas que sostenían su improcedencia por existir la acción ordinaria contractual, y otras que aceptaban su procedencia para determinar la vulneración de un derecho colectivo, en razón del carácter principal de la acción popular. Por tanto, a partir del momento, en que la Sección Tercera del Consejo de Estado asumió en forma exclusiva el conocimiento de las acciones populares originadas en contratos estatales, se ha superado este problema jurídico acogiendo la segunda tesis, lo que implica, la aceptación de la acción popular como mecanismo procedente para la discusión y definición de la legalidad de los contratos estatales.¹³

En efecto, del estudio de las providencias emitidas por el Consejo de Estado respecto del enjuiciamiento de los contratos estatales por vía de acción popular, se puede destacar una primera tesis Jurisprudencial Restrictiva, que parte del reconocimiento de la acción popular como una acción principal y autónoma, que a diferencia de la acción de tutela y la de cumplimiento, no es subsidiaria, sin embargo exceptúa del conocimiento del juez popular el control de legalidad del contrato, por ser una competencia propia del juez administrativo.¹⁴

¹² "ARTÍCULO 3. Las actuaciones administrativas se desarrollaran con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta primera parte..."

¹³ Sentencia de fecha 5 de marzo de 2008, MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, Radicación número: 25000-23-27-000-2004-01402-02(AP) (Acumulado con el 2004-01605).

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO - Sección Segunda, Sentencia del 3 de abril de 2.001, Exp. AP-0089.

Criterio adoptado por la Sección Segunda del CONSEJO DE ESTADO -, Subsección B, en Sentencia del 23 de marzo de 2.000, Exp. AP-025, C.P.: Carlos Arturo Orjuela; Subsección A, Sentencia del 25 de enero de 2.001, Exp. AP-156, C.P.: Jesús

Por otra parte, una segunda tesis jurisprudencial amplia o garantista, que actualmente constituye la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, considera igualmente que la acción popular ostenta un carácter principal, pero además, sostiene que a través de ella es posible examinar la legalidad de un contrato estatal cuando se amenaza algún derecho o interés colectivo, evento en el cual el juez constitucional puede adoptar las medidas que considere pertinentes para proteger los derechos o intereses colectivos que se encuentren amenazados con ocasión de la actividad contractual.¹⁵

Así pues, de conformidad con la tesis mayoritaria de la Alta Corporación se debe entender que en atención al carácter principal y autónomo de la acción popular, es procedente que el Juez constitucional asuma el estudio de un contrato estatal, cuando con su celebración y ejecución se advierta la vulneración de un derecho o interés colectivo, sin que ello implique invadir la competencia del Juez natural del contrato, como quiera que en sede de acción popular, no se entra a estudiar el conflicto que pueda originarse entre los extremos de la relación contractual, sino que con ella se busca la efectiva protección del derecho colectivo amenazado o vulnerado evitando el daño contingente, la cesación del peligro, o restituyendo las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

En este sentido, en la medida que la contratación estatal es una función administrativa del Estado que persigue el cumplimiento de una función social que involucra derechos e intereses colectivos, es procedente que mediante la acción popular se pretenda cuestionar la legalidad de un contrato estatal, cuando la conducta vulneratoria del derecho colectivo se haya originado en tal negocio jurídico.

Sobre el particular, se destaca la sentencia de fecha dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008), Consejera Ponente Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO, Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP), en la cual se sostuvo lo siguiente:

"(...)2. La autonomía de la acción popular y el estudio de contratos estatales en sede popular

María Lemos Bustamante; Sentencia del 5 de julio de 2.001, AP-068 C.P.: Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia del 4 de abril de 2.002, AP-897.

¹⁵ Respecto a este criterio, las sentencias que se citan a continuación ilustran en detalle la posición mayoritaria respecto al tema estudiado. a) CONSEJO DE ESTADO – Sección Primera, Sentencia del 25 de enero de 2.001, Exp. AP-158, C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martínez; b) Sentencia del 3 de mayo de 2.002, Exp. AP-0308; c) Sentencia del 30 de noviembre de 2.000, Exp. AP-115; Sentencia del 19 de febrero de 2.004, Exp. 20020055901, C.P.: Rafael E. Ostau De Lafont Planeta. c) CONSEJO DE ESTADO – Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2.001, Exp. AP-166, C.P.: Alier E. Hernández Enríquez; Sentencia del 23 de agosto de 2.001, Exp. AP-1136 y Sentencia del 21 de marzo de 2.002, Exp. AP-285, C.P.: Jesús María Carrillo; Sentencias del 26 de septiembre de 2.002, Exps. AP-537 y AP-612, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; Sentencia del 31 de octubre de 2.002, AP-518, C.P.: Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 5 de agosto de 2.003, Exp. AP-118, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; Sentencia del 14 de abril de 2.005, Exp. AP-1577, C.P.: German Rodríguez Villamizar; Sentencia del 5 de octubre de 2.005, Exp. AP-1588, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra y la Sentencia del 21 de Febrero de 2.007, Exp. AP-00549, C.P.: Alier E. Hernández Enríquez.

Varios de los demandados (la Nación-Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la CRA) formularon la excepción de improcedencia de la acción por existir otro mecanismo judicial, lo cual impone reiterar la jurisprudencia de la Sala en punto de la autonomía de la acción popular.

A diferencia de la acción de tutela que procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio (art. 86 inc. 3º y numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y de la acción de cumplimiento que es improcedente cuando el afectado tenga otro medio de defensa judicial o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante la acción de tutela (art. 9 de la ley 393 de 1997), la acción popular ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y por ello su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial. Así lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia, con apoyo en lo dispuesto por la ley 472 que desarrolla el artículo 88 Constitucional:

"La Sala tiene determinado que la acción popular no es subsidiaria, supletiva o residual, conclusión a la que se arriba de lo dispuesto por la ley 472, en particular en el artículo 1º que se ocupa del objeto de la ley, en el artículo 2º que define las acciones populares, en el artículo 9º relativo a la procedencia de las acciones populares y en el artículo 34 que señala el contenido de la sentencia popular.

En efecto, la acción popular está dotada de un carácter autónomo o principal, en razón a los móviles, motivos o finalidades de este instituto procesal que no son otros que la efectiva garantía de los derechos constitucionales objeto de tutela colectiva, cuando quiera que se produzca un daño o agravio a un interés cuya titularidad recae en la comunidad, en el marco de un nuevo derecho solidario que responda a fenómenos nuevos en la sociedad, como se indicó en la Constituyente. Consultada la historia fidedigna del establecimiento del artículo 88 Constitucional se tiene que los delegatarios a la ANAC asociaron la autonomía de estas acciones con la naturaleza misma de los derechos objeto de tutela colectiva:

'Los derechos en cuestión propenden por (sic) la satisfacción de necesidades de tipo colectivo y social, y se diseminan entre los miembros de grupos humanos determinados, quienes los ejercen de manera idéntica, uniforme y compartida. Por su naturaleza e importancia, requieren un reconocimiento en la nueva Carta que fomente la solidaridad entre los habitantes del territorio nacional para la defensa de vitales intereses de carácter colectivo y que propicie la creación de instrumentos jurídicos adecuados para su protección (...) De otra parte, subsisten acrecentadas las razones que en la historia de las instituciones jurídicas justificaron en su momento la aparición de estas acciones para defender los intereses de la comunidad (...)'¹⁶

"Con fundamento en ello, la Sala ha señalado que la acción popular no es subsidiaria sino principal:

'Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad'¹⁷ y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias'¹⁸ pertinentes.

'(...) Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo) en modo alguno torna improcedente su interposición.

'(...) 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

¹⁶ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe de ponencia para primer debate sobre derechos colectivos, Ponentes Iván Marulanda et al., en GACETA CONSTITUCIONAL No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, p. 21 y ss.

¹⁷ Sobre el origen de los derechos colectivos Vid. PISCOTTI 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.

¹⁸ "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). En el mismo sentido CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T 008 de 1992, T 528 de 1992, T 427 de 1992, T 437 de 1992, T 067 de 1993, T 163 de 1993, T 225 de 1993, T 231 de 1993 y T 254 de 1993.

acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario¹⁹; 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 involucrados²⁰, como se vio anteriormente.²¹

"En tal virtud, ese carácter principal está subordinado a que el móvil sea efectivamente la protección y tutela de derechos de carácter colectivo, habida cuenta que esta acción constitucional está diseñada para la defensa especial de los derechos e intereses de la comunidad y, por lo mismo, su procedencia está supeditada a que se busque la protección de un bien jurídico diferente al subjetivo: los intereses difusos o colectivos²² o supraindividuales, de pertenencia difusa²³ que dan lugar a una legitimación colectiva en cabeza de la comunidad²⁴, bienes que son a la vez de cada uno y de todos²⁵ como un 'remedio procesal colectivo frente a agravios y perjuicios públicos' en palabras de Sarmiento Palacio²⁶.

"Conforme a lo anterior, aunque por su carácter principal puede concurrir -como lo ha señalada la Sala- con la existencia de otros medios de defensa judicial²⁷, su procedencia está subordinada a que mediante su interposición se pretenda la tutela de un interés o derecho colectivo."²⁸

Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los

¹⁹ La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado una y otra vez el carácter subsidiario del amparo constitucional. En la primera sentencia proferida por esa Corporación se afirmó sin ambages: "la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce." (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 001 de 1992)

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de diciembre de 2001, Exp. AP 221, C.P. Alier E. Hernández Enriquez: Tales derechos "intrínsecamente, deben poseer la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la sociedad" (Sentencia de 16 de marzo de 2000, Exp. AP 021), pues "responden a la urgencia de satisfacer necesidades colectivas y sociales, y son ejercidos por los miembros de los grupos humanos de una manera idéntica, uniforme y compartida." (sentencia AP 043 de 1 de junio de 2000).

La defensa judicial de un derecho colectivo: "no supone la existencia de una verdadera litis, pues su objeto no es la solución a una controversia, sino la efectividad de un derecho colectivo haciendo cesar su lesión o amenaza o que las cosas vuelvan a su estado anterior si fuere posible" (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2003, Exp. AP 11001031500020021011-01)

²¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 5 de octubre de 2.005, actor: Procuraduría General de la Nación, demandado: Amadeo Tamayo Morón, Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP - 00254 Acción Popular, C.P. María-Elena Giraldo Gómez.

²² CAPPELLETTI, Mauro, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civile -Métamorphoses de la procédure civile-, Revue Internationale de Droit Comparé- RICD, janvier-mars, 1975.

²³ NICOTRA, Norberto, La Defensoría del Pueblo y las acciones populares: experiencia argentina, en V.V.A.A. Acciones populares y de grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos, Memorias del Seminario Internacional de Acciones populares y de grupo, Defensoría del Pueblo, Biblioteca de Derechos Colectivo, Ed. Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 74.

²⁴ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Las acciones populares, Ediciones Forum Pacis, 1993, p. 13.

²⁵ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Editorial José María Bosch, primera edición, Barcelona, 1995, p. 81.

²⁶ SARMIENTO PALACIO, Germán, Las acciones populares en el derecho privado, Cabildo, No. 14, mayo de 1989.

²⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP - 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, SECCIÓN PRIMERA, Auto de mayo 24 de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 9 de septiembre de 2004, Rad. 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP 571, Actor: Mario Efrén Sarmiento Riveros y otros contra la Superintendencia de economía solidaria; SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, C.P. Alier E. Hernández Enriquez.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 22 de febrero de 2007, Rad. AP-19001-23-31-000-2004-01678-01, Actor: Sixto Orobio Montañón Y Otros, Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil- Regional Guapi y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio

derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante...

En consonancia el artículo 9, al ocuparse de la procedencia de las acciones populares, establece que éstas proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, supuesto normativo que evidentemente cobija a la actividad contractual del Estado como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse entre otros por los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad²⁹, en tanto aquella se constituye en un instrumento básico para el cumplimiento de los fines del Estado.

No debe perderse de vista que las relaciones contractuales del Estado son una expresión nítida de la función administrativa, pues como afirma Escola:

"El contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos -que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición- y operaciones materiales" (Sayagués). La actividad administrativa es, en esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado".³⁰

En la misma línea del tratadista argentino, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que los negocios jurídicos en que sea parte el Estado son manifestación nítida de la función administrativa:

"por descontado se tiene que todo contrato estatal como expresión de la función administrativa (art. 209 C.N.)³¹, tanto en su celebración como en su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales, por manera que los contratistas colaboran en el logro de los mismos y, en consecuencia, cumplen una función social que implica obligaciones (art. 3 ley 80 de 1993), o lo que es igual, las partes convergen en la satisfacción de un interés público³² y ello es así -como afirma Vedel- porque el objetivo perseguido por la Administración debe ser siempre un objetivo de interés público³³, por ser éste el fin de la actividad del Estado"³⁴ (...)³⁵

Por manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es pasible de ser estudiada en sede popular.

Finalmente, si la autonomía distingue a la acción popular, no puede alegarse -como lo hace el recurrente- una pretendida "contradicción" con otras decisiones judiciales que haya adoptado el juez de instancia en sede de aprobación de conciliación frente a situaciones similares, ya que -como se indicó- el objeto en estos procesos populares es la defensa de los derechos colectivos y para ello el juez está dotado de amplios poderes.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 449 de 1992

³⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 110 y ss.

³¹ Art. 209 C.P. inciso segundo: "Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado..."

³² Al decir de Casagne "[e]l contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo... La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil...": (CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 15 y ss.)

³³ VEDEL, Op. Cit. p. 531.

³⁴ MARIENHOFF, Op. Cit. p. 81.

³⁵ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, auto de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-Inviás, Referencia: Contractual recurso ordinario de reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Ref: Recurso de anulación de laudo arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central.

No obstante en la actualidad, la ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reguló específicamente los alcances del control en estos casos, por parte del juez popular al disponer en sus artículos 140 y 144 lo siguiente:

"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.

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.

La Corte Constitucional al decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los citados artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) sostuvo un nuevo criterio respecto del enjuiciamiento de los contratos estatales a través de la acción popular, al concluir que el juez constitucional no está facultado para declarar la nulidad del contrato estatal o de un

acto administrativo, sin perjuicio de que pueda adoptar otras medidas que resulten idóneas para hacer efectiva la protección del derecho colectivo amenazado o vulnerado³⁶.

En efecto, en su ratio decidendi, al destacar la autonomía que reviste a la acción popular, y su especial trascendencia en la protección de los derechos de tercera generación, precisa que no resulta improcedente, ante la existencia de otros medios judiciales, pues contrario al fin subjetivo que persiguen las acciones ordinarias, aquella propende por la protección de un derecho de naturaleza colectiva.

Sostuvo que la restricción del juez popular para declarar la nulidad, tiene fundamento en el respeto al debido proceso y al derecho de defensa que gobiernan los ritos propios de cada acción, los cuales han sido establecidos previamente por el legislador. Además que, de conformidad con la ley 472 de 1998 la acción popular no fue creada como mecanismo judicial a través del cual se puedan anular actos administrativos o contratos estatales.

De la citada providencia se destacan las siguientes consideraciones:

" (...)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.

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.

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

³⁶ Sentencia C-644-2011. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO.

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 individuos³⁷. 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"³⁸.

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...
- b) Las acciones populares son ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones y por las mismas causas, contra los particulares...
- c) Las acciones populares tienen un fin público. ...
- d) Las acciones populares son de naturaleza preventiva...
- 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...
- g) Las acciones populares gozan de una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos. ...

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".

³⁷ Sentencia C-215 de 1999.

³⁸ Sentencia Ibídem.

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.

....

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 Constitución³⁹ ni la ley⁴⁰ supeditan el ejercicio de la acción popular a la existencia de otro u otros mecanismos de defensa judicial como pasa a explicarse.

En efecto, la acción popular no está prevista en la Constitución como una acción de carácter subsidiario, dado el objeto que persigue cual es la protección de derechos e intereses colectivos. Acciones populares que según la ley, son medios procesales para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los citados derechos. Así, su configuración constitucional y legal permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios.

Sin embargo, si bien las acciones populares protegen derechos e intereses colectivos los cuales, desde 1991 son de orden constitucional, y su trámite no se supedita a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no es menos cierto que no son acciones configuradas para desplazar los otros medios de defensa judicial ordinarios establecidos por la ley para la solución de las diversas controversias jurídicas, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional y su órbita de acción son diferentes a aquellos que corresponden a los jueces ordinarios⁴¹. 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 providencias⁴², 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"⁴³.

Igualmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de octubre 05 de 2005⁴⁴, 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

³⁹ C.Po., artículo 88.

⁴⁰ Ley 472 de 1998.

⁴¹ Sentencia SU-067 de 1993.

⁴² **"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 popular⁴² (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 República, 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.

⁴³ Sección Tercera, sentencia de junio 17 de 2001. Exp: AP-166.

⁴⁴ Consejo de Estado - Sección Tercera. Rad: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP) Actor: Procuraduría General de la Nación. Demandado: Amadeo Tamayo Morón.

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 comunidad⁴⁵ y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias⁴⁶ 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 particulares⁴⁷

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

⁴⁵ 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.

⁴⁶ "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).

⁴⁷ 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".

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.

(...)

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 colectivos⁴⁸.

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 afirmó 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 materiales⁴⁹ que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato, cuya forma no consiste precisamente en disponer su anulación⁵⁰.

⁴⁸ 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"⁴⁸. 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".

⁴⁹ 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 implicará 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".

⁵⁰ 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

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"⁵¹, 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 judiciales⁵².

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 deferió 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".

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.

⁵¹ 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.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 21 de 2007 (AR-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 amenaza 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".

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 administrativo⁵³.

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

⁵³ Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. N° 01278-01(AP), 3 de noviembre de 2005.

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 decisión⁵⁴.

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.

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 razonable⁵⁵ 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.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto Exp. 73001233100020070012701, mar. 23/11 y Secc. Primera, Auto Exp. 17001333100320090019301, 4 de mayo de 2011.

⁵⁵ 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".

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..."

De conformidad con el precedente constitucional en cita, en adelante, en aplicación de las disposiciones referidas del nuevo código procesal administrativo, cuando se advierta la vulneración o amenaza de un derecho colectivo con ocasión de la expedición de un acto administrativo o la celebración de un contrato, al juez constitucional le está prohibido decidir sobre la anulación de los mismos, como quiera que la potestad de decidir sobre su validez está reservada al juez contencioso administrativo a través de las acciones ordinarias existentes en el ordenamiento jurídico, sin que ello implique desconocer el carácter autónomo y principal de la acción popular, pues con tal restricción se pretende salvaguardar el derecho al debido proceso, en el entendido que los operadores judiciales deben respetar las reglas propias de cada juicio establecidas previamente por el legislador.

No obstante la anterior restricción, precisa la alta Corte que el Juez popular está facultado para adoptar todas las "medidas materiales" que estén a su alcance y que considere adecuadas para proteger efectivamente el derecho colectivo vulnerado o amenazado con el contrato estatal, siempre y cuando la medida no implique nulitar tal negocio jurídico, toda vez que la anulación, no resulta "indispensable", pues el juez popular está revestido de diversas medidas para garantizar la efectividad y salvaguarda de los derechos e intereses colectivos.

III. Caso concreto

3.1) Agotamiento de jurisdicción

Argumenta el apoderado de la UNION TEMPORAL SICALI que en el presente proceso se configura la figura jurídica del agotamiento de jurisdicción, toda vez que ante esta jurisdicción se han interpuesto otras acciones populares que tienen similares pretensiones a las aquí solicitadas, tal es el caso de la acción popular radicada con el número 2009-0022-00, demandante Alan del Río Vázquez contra el Municipio de Cali y la UT SICALI, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicada con el número 2007-0246-00, donde figuran como demandados las citadas entidades y como demandante, el señor Manuel de Jesús Obregón.

En relación con la figura del agotamiento de jurisdicción, el Consejo de Estado ha establecido que se trata de un mecanismo procesal que opera de pleno derecho en las acciones populares, aunque para su formalización requiere de un pronunciamiento judicial y, en términos generales, se presenta en aquellos eventos en que existe ausencia absoluta de jurisdicción para definir un determinado asunto jurídico sustancial, en tanto que los mismos derechos, objeto y causa, son materia de un proceso iniciado con antelación, o

que ya se encuentra fallado, circunstancia por la cual no es posible que se de un segundo proceso o un nuevo pronunciamiento sobre la misma materia.

De esa forma se pronunció en sentencia de fecha doce (12) de diciembre de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01856-01, Acción: POPULAR, Actor: NELSON GERMAN VELASQUEZ PABON, Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A. Y OTROS, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, en la cual se sostuvo lo siguiente:

"(...) Esta figura se da, para el caso de las acciones populares, a causa de la naturaleza, contenido y alcance de las mismas que son de rango constitucional, las cuales están instituidas para la protección de los derechos colectivos frente a una eventual amenaza o vulneración a la cual se ven sometidos. Lo anterior, dado que mediante la acción popular se protegen derechos que, prima facie, se encuentran en cabeza de toda la colectividad (conglomerado social), por lo que es cierto que una vez interpuesta la acción popular, sobre determinados hechos y derechos, a través de persona -natural o jurídica- o ciudadano, éste representa a toda la colectividad en el proceso, sin que sea viable que se presenten nuevas demandas, quedando a salvo la posibilidad de que cualquier tercero intervenga como coadyuvante, en los términos del artículo 24 de la ley 472 de 1998. Como se aprecia, el agotamiento de jurisdicción opera como desarrollo del principio de celeridad y economía procesal, en tanto propende por evitar que se tramiten, en forma paralela, procesos que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa - en acciones de naturaleza pública-, en donde la primera persona que ejerce el derecho, para controvertir la respectiva situación, lo hace en representación de los demás miembros de la sociedad y, por consiguiente, dirige toda la actividad jurisdiccional al caso concreto, de tal suerte que el juez, al asumir el conocimiento del proceso, restringe la jurisdicción y la competencia de los demás funcionarios judiciales para conocer del mismo o similar asunto. En ese orden de ideas, al constatar que ha acaecido el agotamiento de jurisdicción en un determinado evento, el juez debe proceder a anular todo lo actuado en el respectivo proceso, si hay lugar a ello, y, consecuencialmente, rechazar la demanda que verse sobre asuntos ya debatidos".

Así mismo, en providencia del 18 de junio de 2008, el Consejo de Estado, Consejera Ponente Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO, reiteró:

"La jurisprudencia de esta Sección tiene determinado que si una demanda en acción popular se presenta cuando existe otra en curso con el mismo objeto que ya ha sido notificada al demandado, opera el "agotamiento de la jurisdicción", hecho que constata el juez a partir de la identidad de actores, pretensiones y hechos.

Esta institución procesal fue extrapolada de la construcción que al efecto hiciera la Sección Quinta de esta Corporación en sede de contencioso electoral, sobre la base de que la identidad de demandas -que en acciones populares se presenta cuando el objeto y la causa son los mismos, con independencia de que el actor lo sea o no ya que justamente se trata de una acción pública- comporta causal de anulación del proceso posterior. Ahora, dado que los intereses en juego impiden la simple acumulación de procesos (dada la naturaleza de esta acción y las consecuencias nocivas a nivel de reconocimiento del incentivo que entrañaría) es tarea del juez verificar si el objeto es el mismo.

Conforme a lo anterior, y en aplicación del principio de economía procesal y orientada en el propósito de evitar decisiones contradictorias, la Sala ha rechazado demandas populares que coinciden en sus pretensiones (petitum) y en sus fundamentos fácticos (causa petendi), al razonar que:

"(...) Si realmente el actor tiene interés en la protección del derecho colectivo y posee elementos de juicio adicionales a los aportados por quien primero interpuso la acción