

NULIDAD DE CONTRATO ESTATAL - Improcedencia de decretarla al fallar una acción popular / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO - Desconocimiento de precedente jurisprudencial

Por lo anterior, a pesar de la dicotomía jurisprudencial en torno al asunto de la anulación de contratos estatales vía de acción popular, lo cierto es que al momento de ser proferida la decisión materia de acción de tutela (2 de noviembre de 2011) ya había sido emitida la sentencia C-644 de de 2011, como se indicó. Así las cosas, según el carácter vinculante que ya fue expuesto frente a la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad, se puede concluir, sin lugar a hesitación alguna, que el Tribunal Administrativo del Magdalena estaba obligado a acogerse a la determinación de la Corte que impide que mediante acción popular se dejen sin efectos contratos estatales, y en consecuencia, dado el exhaustivo análisis que efectuó en esa sede, debió acompañar la orden a otro tipo de medidas cautelares que protegieran los derechos colectivos que encontró infringidos, bien confirmando lo dicho por el juez de instancia o diseñando sus propias medidas, pero, se repite, sin entrar a fulminar el contrato estatal suscrito hace más de diez años, pues de otra manera desconocería no sólo el procedimiento diseñado desde antaño por la ley para el efecto, y de contera, el término improrrogable para demandar los contratos estatales.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 144

NOTA DE RELATORIA: Sobre la imposibilidad de disponer la nulidad de contratos en acción popular, Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2011. En relación sobre el respeto del precedente jurisprudencial, sentencia C-447 de 1997 y sentencia T-766 de 2008.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00058-00(AC)

Actor: COMPAÑIA INTEGRAL DE RECUPERACION DE ACTIVOS S.A.

Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA

1. ANTECEDENTES

La Sociedad Compañía Integral de Recuperación de Activos S.A. y el señor Jaime Hernando Lafaurie Vega, por conducto de apoderado, interponen acción de tutela con el fin de lograr la protección de sus derechos fundamentales que estiman vulnerados por el Tribunal Administrativo del Magdalena al emitir la sentencia de segunda instancia de 2 de noviembre de 2011, dentro de la acción popular radicado No. 2006-00500-00.

Exponen como hechos de la demanda que el señor Alberto Ovalle Betancourt instauró acción popular el 1º de abril de 2006, contra el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, la Unión Temporal de Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Santa Marta - SIETT Santa Marta, para obtener el restablecimiento de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, que estimó vulnerados a raíz de la suscripción de un contrato, previa licitación pública, en virtud del cual se entregaría la concesión, montaje, implementación y operación de un sistema integrado de información y soporte del Instituto Distrital de Tránsito y Transportes de Santa Marta (INDISTRAN).

Alegó el actor popular en el proceso de marras que INDISTRAN no realizó los estudios técnicos previos a la apertura del proceso de selección, a que se refiere el artículo 25 de la Ley 80 de 1993; que para la suscripción del mismo se tuvo que liquidar un contrato anterior con objeto similar suscrito entre INDISTRAN y la Unión Temporal Telecom S.A. E.S.P. & GLOBAL SOFTWARE; que la remuneración pactada a favor del concesionario (aquí tutelante) era excesivamente onerosa para la entidad pública contratante, especialmente tratándose de tasas y derechos de tránsito, asimismo, era superior a los costos que representaba la ejecución del contrato; que el término del contrato era exagerado (15 años); que se delegó en un particular la facultad de cobro coactivo y muchas más funciones de INDISTRAN, lo que conllevó a la casi desaparición de la Entidad que se encuentra en liquidación; y que se autorizó el compromiso de vigencias futuras.

Como consecuencia de lo anterior, el actor popular pretendió la nulidad absoluta del contrato o en su defecto que se dispusiera la terminación del mismo, que se ordenara a la Unión Temporal de Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Santa Marta "SIETT" reintegrar al Instituto Distrital de

Tránsito y Transportes de Santa Marta (INDISTRAN) la sumas que hubiera recibido con fundamento en el contrato demandado, debidamente indexadas.

El juzgado Primero Administrativo de Santa Marta resolvió en primera instancia la acción popular amparando el derecho colectivo al patrimonio público y ordenó que se procediera a la revisión integral del contrato de concesión suscrito entre la Unión Temporal de Servicios Integrados Especializados, para determinar en relación a su clausulado, el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 1386 de 2010, mediante la cual se prohíbe a las entidades territoriales delegar, a cualquier título, la administración de tributos a particulares, a fin de proceder a instaurar las acciones legales pertinentes, con un plazo de dos meses.

El Tribunal Administrativo del Magdalena conoció el asunto en segunda instancia. Resolvió, modificar el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de declarar que fueron vulnerados los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa, revocar en todas sus partes los numerales segundo y tercero, en su lugar, declaró la nulidad absoluta del contrato de Concesión 001 de 2003, celebrado entre la Unión Temporal Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Santa Marta "SIETT" y el Instituto Distrital de Tránsito y Transporte de Santa Marta (INDISTRAN) hoy en estado de liquidación, asimismo, la nulidad absoluta del Otro si No. 3, celebrado entre las partes mencionada; en consecuencia, ordenó al Distrito Cultural e Histórico de Santa Marta reasumir de manera inmediata las funciones que venía ejecutando el Concesionario, para lo cual deberá adoptar las respectivas medidas administrativas de orden interno, y a la Unión Temporal Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Santa Marta "SIETT" reintegrar al Instituto Distrital de Tránsito y Transporte de Santa Marta (INDISTRAN) los valores recibidos con base en el Contrato de Concesión y el Otro si No. 3, que sobrepasaren la remuneración justa y legal que ha debido percibir, conforme al concepto emitido por la Contraloría General de la República, para lo cual dicha entidad, la Procuraduría General de la Nación, el Distrito de Santa Marta y coordinadamente con la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberán realizar de manera inmediata y en el lapso de un mes, prorrogable, un estudio minucioso a fin de determinar el monto de las restituciones a efectuarse por el Concesionario.

Manifiestan los actores de tutela que se presenta una vía de hecho por defecto fáctico en cuanto a la valoración equivocada efectuada por el Tribunal de segunda instancia, referente a que no se había llevado a cabo la etapa precontractual para la suscripción del contrato declarado nulo, pues no existieron estudios previos, aserto que afirma, no tiene sustento probatorio y contradice sus afirmaciones ulteriores relativas a que estos estudios fueron fabricados con posterioridad al proceso licitatorio, y no se valoraron por no haber sido aportados.

Asimismo, se incurrió en error por razón de las apreciaciones relativas a la onerosidad del contrato, pues el fallador de segunda instancia no efectuó un análisis comparativo con otros contratos similares, a partir de lo cual habría concluido que frente a otras concesiones, que tienen pactados porcentajes más altos, no es oneroso y no genera detrimento patrimonial; adicionalmente, que la calidad de los servicios prestados es óptima y mejor que cuando eran prestados por la administración directamente.

Añaden que la demanda de acción popular estuvo encaminada a rebatir el contrato de concesión, frente a lo cual se pronunciaron en la contestación, por ende, sobre este punto se basó el juez de primera instancia para adoptar su decisión, sin embargo, el ad quem además del punto anterior, desarrolló el atinente al Otro sí No. 3 de 28 de diciembre de 2006, es decir, sobre hechos posteriores a la presentación de la demanda. De igual forma, expresan que se desconoce que según el informe técnico emitido por la Contraloría Distrital no existió detrimento patrimonial, por ende, declarar la onerosidad del contrato constituye una competencia que se arrogó el Tribunal y que no le correspondía.

Pretenden que se declare que el Tribunal Administrativo del Magdalena incurre en vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y la defensa.

2. ESCRITO DE COADYUVANCIA

Los trabajadores vinculados a la Unión Temporal Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Santa Marta "SIETT SANTA MARTA", concurren mediante apoderada judicial, con el fin de coadyuvar la demanda de tutela y complementar las censuras contra el Tribunal Administrativo del Magdalena.

En suma, exponen que el Tribunal vulnera los derechos al debido proceso judicial, la igualdad y la confianza legítima por (i) haber efectuado una valoración probatoria manifiestamente antijurídica en el proceso de acción popular materia de censura; (ii) omitir su deber de conducción de la prueba para esclarecer punto que resultaban forzosos y determinantes para la decisión; (iii) quebrantar flagrantemente reglas jurídicas que rigen el trámite de las acciones populares; y (iv) apartarse sin fundamento alguno de la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha ocupado de analizar la posibilidad de enjuiciar excepcionalmente contratos estatales mediante acciones populares y de la sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011, al respecto.

Añaden que se transgreden sus derechos al trabajo y al mínimo vital como trabajadores que prestan sus servicios en la Unión Temporal SIETT, ante la inminencia del cierre y quiebra de las empresas miembros de la misma, con ocasión de la nulidad absoluta del contrato decretado por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

Concretan que es notorio que no se utilizaron las facultades probatorias con que contaba el Tribunal, trasmutando el acervo existente, con una consecuencia tan drástica como fue la anulación del contrato, cuya fuente normativa, de acuerdo a la causal que encontró probada como fue la onerosidad del contrato, está contenida en el Código Civil (Art. 1525) y no en la Ley 80 de 1993, adicionalmente, el juez ad quem no incluyó dentro del Comité de Verificación asistiéndole el derecho legal de hacer parte del mismo.

Agregan que el fundamento para la nulidad consistente en la arrogación del particular de la función de cobro coactivo de tributos, no estuvo debidamente fundamentado, pues si bien en principio se citó jurisprudencia del Consejo de Estado - Sección Tercera al respecto, posteriormente se echa mano de una norma inexistente al momento de la suscripción del contrato (artículo 1º de la Ley 1386 de 2010) contentiva de la prohibición legal.

Concluyen que la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente la sentencia C-644 de 2011, que si bien analizó la constitucionalidad de una regla jurídica aun no vigente, su ratio decidendi resulta un precedente obligado, pues en ella se reconoce que la

acción popular no fue diseñada por el legislador para anular actos administrativos o contratos.

Pretenden, de manera principal, que se deje sin efectos jurídicos de forma transitoria el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 2 de noviembre de 2011, dentro de la acción popular radicado 2006-00500-01 y 2009-00301-01 (acumuladas), hasta que el Consejo de Estado se pronuncie frente a la revisión impetrada.

Subsidiariamente, que se deje sin efectos jurídicos el fallo en cuestión, y en consecuencia, que se ordene a la autoridad judicial accionada, que en reemplazo del fallo, emita un nuevo pronunciamiento judicial en el cual tenga en cuenta las consideraciones fácticas jurídicas señaladas, como constitutivas de yerros, especialmente aquellos medios de prueba que dejaron de practicarse y valorarse en los cuales los entes de control (Procuraduría, Contraloría y Fiscalía) han determinado que no ha existido vulneración de las normas contractuales ni detrimento patrimonial alguno.

3. ACTUACION PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto de 17 de febrero de 2012, en el que se ordenó la notificación del demandado, Tribunal Administrativo del Magdalena, de los terceros interesados en las resultas del proceso, señor Alberto Ovalle Betancourt e Instituto Distrital de Tránsito y Transportes de Santa Marta (INDISTRAN) en liquidación, y se aceptó como coadyuvantes de la parte actora a los trabajadores vinculados a la Unión Temporal Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Santa Marta.

Informe rendido por el Tribunal Administrativo del Magdalena

El Presidente de dicha Corporación solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela, en vista de que se dirige contra una providencia judicial proferida bajo el amparo del principio de la autonomía e independencia judicial, en la que no se incurrió en alguna causal genérica o específica de procedibilidad. Añade que actualmente la providencia materia de censura fue remitida al Consejo de Estado para surtir el mecanismo de la eventual revisión.

Efectúa un recuento del trámite surtido en el proceso, y de las razones de hecho y de derecho que llevaron a adoptar la decisión censurada, la cual afirma, está de acuerdo a los postulados del Consejo de Estado, en la materia.

Para resolver, se

4. CONSIDERA

4.1. Presentación del caso

La parte actora y su coadyuvante plantean la vulneración de sus derechos fundamentales a partir de la sentencia de segunda instancia emitida el 2 de noviembre de 2011, por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el trámite de acción popular acumulada radicado No. 2009-00500-01 y 2009-00301-01, mediante la cual, entre otras circunstancias, se **declaró LA NULIDAD ABSOLUTA** del contrato de Concesión No. 001 de 2003, celebrado entre la **UNION TEMPORAL SERVICIOS INTEGRADOS Y ESPECIALIZADOS DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE SANTA MARTA “SIETT SANTA MARTA”**, y el **INSTITUTO DISTRITAL DE TRANSITO Y TRANSPORTES DE SANTA MARTA (INDISTRAN)** hoy en estado de liquidación.

En lo fundamental, se expone que la decisión no efectuó un adecuado análisis probatorio de las situaciones planteadas y no se ejercieron las facultades para el esclarecimiento de los hechos con que cuenta el juez, se quebrantaron reglas jurídicas que rigen el trámite de las acciones populares y se apartó sin fundamento alguno de la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha ocupado de analizar la posibilidad de enjuiciar excepcionalmente contratos estatales mediante acciones populares y de la sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011, en el mismo sentido, situaciones que transgreden sus derechos al debido proceso, la igualdad y la confianza legítima.

4.2. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Carta Política establece la posibilidad de instaurar la acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u

omisión de cualquier autoridad pública y, según lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, el cual deberá probarse.

Asimismo, ha sido copiosa la jurisprudencia de la Corte Constitucional en manifestar que las acciones de tutela contra providencias judiciales son improcedentes cuando el demandante tenga a su alcance otro medio de defensa judicial o cuando teniéndolo no lo haya utilizado.

Por ello es preciso advertir que la acción de tutela no tiene por objeto revivir términos judiciales expirados, **ni constituye una instancia más dentro de un proceso ordinario**, máxime cuando la persona afectada ha tenido a su disposición los recursos de ley y ha agotado las instancias existentes.

Tratándose de tutela contra providencia judicial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación viene afirmando su improcedencia¹ fundada tanto en la declaratoria de inexecuibilidad que de los **artículos 11 y 40 del Decreto No. 2591 de 1991** hiciera la Corte Constitucional en sentencia **C - 543 del 1º de octubre de 1992**, como en el hecho de que la existencia de una providencia, presupone que quien intenta la acción, ya hizo uso del medio de defensa judicial ordinario o especial con el que contaba y en el cual dispuso de recursos e incidentes a través de los cuales pudo hacer valer sus derechos.

Ha dicho la Sala que de aceptar la procedencia podrían quebrantarse pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, como la cosa juzgada de las sentencias, el principio de la seguridad jurídica y hasta se correría el riesgo de incurrir en usurpación de jurisdicción y desnaturalizar la institución de la tutela.

Los anteriores argumentos son compartidos en su integridad por esta Subsección. No obstante, es aceptable acudir mediante acción de tutela para controvertir una providencia judicial, cuando con ella se haya vulnerado el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia, el debido proceso y de

¹ Sentencia del 29 de marzo de 2007, Exp. No. 00859-01, Sala Plena del Consejo de Estado.

defensa, casos en los cuales se podrían amparar los derechos vulnerados siempre que aparezca clara su trasgresión.

Dicha posición es procedente en tanto los pilares que se pretenden proteger con la improcedencia de la tutela en el caso de providencias judiciales, no han sido afectados por no haber sido adelantado el proceso, caso en el cual no es posible hablar de cosa juzgada, seguridad jurídica, etc.

En atención a lo expuesto, estima la Sala necesario precisar que **la procedencia de la acción de tutela**, en estos particulares casos, **resulta viable sólo si los alegatos de la demanda se encuentran sustentados en la violación de derechos fundamentales constitucionales relacionados con el debido proceso y el derecho de defensa (Art. 29) o con el acceso a la administración de justicia (Art. 238)**, por tratarse precisamente de garantías esenciales de un proceso de tal naturaleza.

4.3. El caso concreto

Debe advertirse que la presente acción se encuentra dirigida a verificar la violación del derecho fundamental al debido proceso (desconocimiento de la cosa juzgada constitucional y del precedente judicial) lo que hace viable, en principio, su procedencia, toda vez que la revisión eventual, es viable para la unificación de jurisprudencia en materia contencioso administrativa, no es el mecanismo idóneo para establecer la vulneración referente al precedente constitucional; igualmente, en el presente caso, no existe prueba de la selección del fallo en cuestión, para el trámite de revisión, por lo que es procedente el análisis del amparo impetrado.

Bajo ese panorama, según se indicó anteriormente, la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena de 2 de noviembre de 2011 es materia de censura en esta oportunidad en virtud del (i) inadecuado análisis probatorio efectuado, (ii) el desconocimiento de las reglas jurídicas que rigen el trámite de las acciones populares y (iii) el desconocimiento, sin fundamento alguno, de la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha ocupado de analizar la posibilidad de enjuiciar excepcionalmente contratos estatales mediante acciones populares y de la sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011, en el mismo sentido.

La sentencia aludida, decidió en segunda instancia² el proceso de acción popular que inició el ciudadano Alberto Ovalle Betancourt³ contra la **UNION TEMPORAL SERVICIOS INTEGRADOS Y ESPECIALIZADOS DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE SANTA MARTA “SIETT SANTA MARTA”**, y el **INSTITUTO DISTRITAL DE TRANSITO Y TRANSPORTES DE SANTA MARTA (INDISTRAN)** hoy en estado de liquidación, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público y la consecuente nulidad absoluta o la terminación del contrato de concesión celebrado, entre las entidades señaladas, el 22 de enero de 2003 y el reintegro a cargo del SIETT, a favor de INDISTRAN, de las sumas percibidas en virtud del contrato.

El Tribunal resolvió en la sentencia objeto de tutela, modificar el numeral primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar vulnerados los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa, revocar en todas sus partes los numerales segundo y tercero y en su lugar dispuso: **declarar la nulidad absoluta** del contrato de Concesión No 001 de 2003, y del Otro Si No 3, celebrado entre las partes contratantes.

Asimismo ordenó, de un lado, al Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta reasumir de manera inmediata las funciones que venía ejecutando el concesionario, para lo cual deberá adoptar las respectivas medidas administrativas de orden interno; y de otro lado, a la Unión Temporal Siett Santa Marta restituir a favor del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta, los valores recibidos con base en el contrato de concesión y en el Otro Si No 3, que sobrepasaren la remuneración justa y legal que ha debido percibir, conforme al concepto emitido por la Contraloría General de la República.

Para los efectos de estas restituciones a cargo del concesionario, dispuso que la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, el Distrito de Santa Marta y coordinadamente con la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberían realizar de manera inmediata y en el lapso de un (1) mes prorrogable, a juicio del Juez de Primera Instancia, un

² La sentencia de primera instancia fue la dictada por el Juzgado 1º Administrativo de Santa Marta el 14 de marzo de 2011 que amparó de manera preventiva el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público para evitar su futura afectación, y ordenó la revisión integral del contrato de concesión 001 de 2003, con el fin de adecuarlo al cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 1382 de 2010, para lo cual otorgó un plazo de dos meses, la conformación de un comité de verificación y denegó las demás pretensiones de la demanda.

³ Debe aclararse que a la acción popular intentada por el señor Alberto Ovalle Betancourt fue acumulada aquella interpuesta por el señor Hugo Gnecco Arregocés, sin embargo, en la sentencia materia de tutela fueron denegadas las pretensiones de la acción de este último, por consiguiente, y en tanto no fue materia de censura alguna en el presente proceso constitucional, no resulta necesario efectuar alguna referencia frente a esta.

estudio minucioso a fin de determinar el monto de las restituciones que debe efectuar el concesionario.

Compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que se investiguen la conducta de los servidores públicos y particulares que participaron en la celebración del contrato de concesión No 001-2003 del Otro Si No 3. Conformó el Comité de Vigilancia para la verificación del cumplimiento del fallo integrado por el A quo, el accionante Alberto Ovalle Betancourt, el Contralor Distrital de Santa Marta, el Personero Distrital Santa Marta, el Procurador Delegado para la Moralidad Administrativa y el Alcalde de Santa Marta, quienes en oportunidad deberían rendir en forma mensual tanto Tribunal como al Juez de Primera Instancia los informes pertinentes sobre su cometido. Negó el reconocimiento de incentivo económico a favor del actor y denegó las súplicas del libelo en relación con el proceso radicado bajo el No. 2009-0301, actor: Hugo Gnecco Arregocés.

Las razones fundamentales que llevaron al fallador enjuiciado a adoptar la decisión aludida previamente, se pueden sintetizar en que (i) mediante el contrato de concesión 001 de 2003 se delegó en forma absoluta en el concesionario-particular la función administrativa no delegable de cobro coactivo, (ii) el contrato no contó con los estudios previos técnicos, jurídicos, de conveniencia o económicos para su celebración, (iii) el contrato contiene una excesiva remuneración, por consiguiente es oneroso para la administración, (iv) el aviso de la convocatoria pública no fue publicado de acuerdo a las leyes de contratación, y (v) fue suscrito un Otro Si al contrato (No. 3) que representa un nuevo contrato que refleja una contratación directa no permitida y que desconoce la necesidad del proceso licitatorio para haberlo suscrito, asimismo, se suscribió sin observar la Ley de contratación.

4.4. Análisis de la Sala

Frente a los dos primeros argumentos que censuran la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena -(i) inadecuado análisis probatorio efectuado y (ii) el desconocimiento de las reglas jurídicas que rigen el trámite de las acciones populares-, vale la pena indicar que de conformidad con las facultades del juez de tutela, el análisis efectuado en sede constitucional no se compara con los alcances de las potestades de los jueces para la práctica y valoración de los medios de

prueba dentro de un proceso en especial, ni para concluir sobre la conducencia de los mismos para la demostración de los hechos en discusión.

El juez de tutela cumple con la función de verificar si en la decisión pertinente se evidencia una irregularidad protuberante en materia probatoria que vulnere el derecho al acceso a la administración de justicia, el derecho de defensa y el debido proceso. De advertirla, emite las órdenes con los parámetros constitucionales que sean necesarios para que el juez natural enmiende el error en que se incurrió con violación del ordenamiento superior.

Es así como las valoraciones efectuadas por el juez en materia de pruebas, constituyen el ejercicio del principio de autonomía e independencia judicial, respecto del cual le está vedado al juez constitucional efectuar cualquier juicio, máxime si se trata de una actuación que no extreme los límites de razonabilidad ni represente una trasgresión de la normatividad vigente.

En conclusión, el juez de tutela debe prescindir de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el fallador haya realizado en relación con las pruebas, cuando no se estructure una situación fáctica en la cual se vislumbre la lesión de derechos fundamentales.

Por otro lado, respecto del desconocimiento de las reglas jurídicas que rigen el trámite de la acción popular, no se demuestra en el plenario que el juez de segunda instancia haya omitido algún paso del trámite diseñado para la acción popular, por consiguiente, estos argumentos no demuestran la eventual actuación judicial de hecho del entonces ad quem.

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

EL PRECEDENTE JUDICIAL

En virtud de la consagración constitucional del Estado como Social de Derecho (artículo 1º de la Constitución Política) todas las autoridades públicas, incluyendo a

las autoridades administrativas y judiciales, están sujetas inexorablemente a la Constitución y la ley, así como al respeto al debido proceso y al principio de legalidad en todas las actuaciones y decisiones adoptadas, en cumplimiento de la necesaria adecuación de la actividad estatal al derecho, a los preceptos jurídicos superiores, a la ley y a la fijación del contenido y alcance que de estos preceptos realicen las máximas autoridades judiciales autorizadas por la propia Carta Política para ello.

Cuando el artículo 230 ibídem señala que las autoridades judiciales están sometidas al “*imperio de la ley*”, este concepto debe incluir a la Constitución y a las leyes emitidas por el Congreso de la República, sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial que determina el contenido y alcance normativo de la ley y de la Constitución Política.

Ello quiere decir el necesario acatamiento a las decisiones judiciales y al precedente judicial dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, por cuanto son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, interpretación que se incorpora al entendimiento y aplicación de los preceptos jurídicos. Ha dicho la Corte Constitucional al respecto:

“Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”⁴

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al indicar que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones, no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento, en consideración al menos, a cinco razones:

“i) el principio de igualdad que es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares, exige que supuestos fácticos iguales se

⁴ Sentencia C-539 de 2011.

*resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; iii) La autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; iv) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y iv) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior.*⁵

Advirtió la Corte en ese sentido: *“el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos”*⁶.

No obstante la importancia de la regla de vinculación al precedente, también se ha señalado que no puede ser entendida de manera absoluta, pues no se trata de petrificar la interpretación judicial ni de convertir el criterio de autoridad en el único posible para resolver un asunto concreto, simplemente se trata de armonizar y salvaguardar los principios constitucionales que subyacen a la defensa del precedente. Por esa razón, se ha advertido que el funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente resuelto por el superior jerárquico, siempre y cuando explique de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición, de ahí que al juez corresponde la carga argumentativa de la separación del caso resuelto con anterioridad.

Por ello, en caso de que el funcionario judicial se aparte del precedente resuelto por su superior jerárquico *“ya sea porque omite hacer referencia a ellos, o porque no presenta motivos razonables y suficientes para justificar su nueva posición, la consecuencia no es otra que la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso, lo que da lugar a la protección mediante acción de tutela”*⁷.

RATIO DECIDENDI, ALCANCE DEL RESPETO AL PRECEDENTE Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

⁵ Sentencia C-447 de 1997.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Sentencia T-766 de 2008.

Para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial, así, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada a veces "*decisum*", que es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de, v. g. si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc.; la "*ratio decidendi*" o razón de la decisión, es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica, es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive; y por su parte, los "*Orbiter dicta*" –dichos al pasar- comprenden toda reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario⁸.

Una vez que la providencia está en firme, hace tránsito a cosa juzgada y obliga a los partícipes en el proceso. Sin embargo, y contrariamente a lo que a veces se piensa, esta parte resolutive no constituye en sí misma el precedente, ni vincula a los otros jueces, por la sencilla razón de que a estos no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos.

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional ha determinado que el precedente vinculante es la *ratio decidendi* del caso, ya que la base necesaria de la decisión, es la que debe ser aplicada por los jueces en otras situaciones similares.

Ahora bien, como se indicó, la Corte Constitucional como garante de la Constitución, fija el contenido de esta a través de su jurisprudencia. Tal contenido puede ser determinado a través de sentencias de tutela o de constitucionalidad. En cuanto a los efectos de estas últimas, donde se determinará la inexecutable o executable del precepto demandado, se tiene que los efectos de los fallos de inexecutable, implican la expulsión de la norma jurídica del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada para fundamentar ninguna actuación o decisión por parte de las autoridades públicas, ni seguir produciendo ningún tipo de efectos jurídicos, ya que ello implica la violación directa de la Constitución, de igual manera, una vez proferido un fallo de executable condicionado, al servidor

⁸ Sentencia SU 047 de 1999.

público le está vedado acordarle a la ley un significado distinto de aquel que la Corte consideró que era el único ajustado a la Carta Política⁹.

La propia Corte Constitucional ha admitido que su jurisprudencia puede ser desconocida de cuatro formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; **(iii) contrariando la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad**; y (iv) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela.

La doctrina constitucional, en lo que se refiere a las sentencias de exequibilidad o inexecutable, ha señalado que la cosa juzgada se extiende también el argumento que sirve de sustento indubitable al fallo que se pronuncia. No podría ser de otra manera. En la parte resolutive se concreta la decisión de declarar una disposición legal como inexecutable o de revocar o confirmar una sentencia de tutela, al paso que en la motiva se explicita mediante la actividad interpretativa lo que la Constitución efectivamente manda u ordena.

Lo anterior para indicar que la interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, *“no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico (...)”*¹⁰.

En suma, en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta **tiene fuerza vinculante** no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta, por eso, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen para las autoridades administrativas y judiciales una fuente obligatoria de derecho.

⁹ Sentencia T-766 de 2008.

¹⁰ Sentencia T-254 de 2006.

En ese estado de cosas, y retomando el análisis particular del caso concreto, cabe indicar que la sentencia que se estima desconocida por parte del Tribunal accionado, esto es, la C-644 de 31 de agosto de 2011, resolvió la 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”*.

El aparte demandado del artículo 144 correspondió a aquel que en suma restringe al juez de la acción popular para que pueda anular el acto o el contrato administrativo, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuando provenga de la actividad de una entidad pública, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato. En dicho pronunciamiento, la Corte encontró que el segmento demandado se ajusta a los artículos 29 y 229 de la Constitución Política y en consecuencia, declaró su exequibilidad.

La Corte, en su ratio decidendi, efectuó un análisis de las características más esenciales de la acción popular, destacando que su estructura es especial y en ella no se plantean controversias entre partes que defiendan intereses subjetivos, pues su naturaleza es de protección de intereses colectivos, como bien lo indica su nombre; reiteró que la acción popular no es improcedente ante la existencia de otros medios judiciales de defensa, y que la consagración legal de la restricción al juez de la causa para que anule actos o contratos estatales, no afecta su carácter de medio principal o autónomo, pues el legislador quiso reiterar que para esos efectos existen las acciones contencioso administrativas correspondientes.

Adujo también, que la restricción aludida 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 la acción se reclama la protección de derechos desconocidos sin que su titular sea convocado al proceso previsto por la ley para la adopción de tales decisiones. Agregó la Corte que el derecho de defensa de quien puede resultar afectado con la anulación del contrato no se satisface simplemente con el hecho de que haya sido citado al proceso de acción popular, pues el debido proceso

implica ser juzgado conforme al procedimiento señalado previamente para el propósito correspondiente.

Añadió que una lectura de la Ley 472 de 1998, permite inferir 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 contrato estatal, pues su función no es igual a la del juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular de manera que concluya si un contrato o acto está afectado de alguna causal de nulidad.

Precisó que el problema en torno a la discusión presentada desde antaño al respecto, surgió porque la propia Ley no señaló expresamente que la acción popular era un mecanismo subsidiario, empero la Ley 1437 de 2011 zanjó la discusión y permitió la existencia simultánea de dos medios judiciales para atacar la legalidad de un acto, de un lado, y para lograr la protección de derechos colectivos, de otro.

Es decir, la Corte expresó que de cualquier manera, desde la consagración de la acción popular por la Ley 472 de 1998, no se contempló expresamente la posibilidad de la anulación de actos o contratos administrativos ni particulares.

Es preciso indicar que la posición del Consejo de Estado al interior de las diferentes secciones no ha sido pacífica en cuanto a la facultad del juez de acción popular para dejar sin efectos actos administrativos o contratos¹¹. Sin embargo, a raíz de la promulgación de la ley 1437 de 2011, se zanjó la discusión, impidiendo cualquier posibilidad al respecto, recogiendo la decisión más razonable de acuerdo a la finalidad de la acción popular, y ello tomó mayor fuerza a partir de la sentencia hito de la Corte Constitucional que definitivamente esclareció la situación.

No obstante, el legislador determinó que la preceptiva entraría en vigor el 2 de julio de 2012, hecho que no impide de manera alguna que sean acogidos los planteamientos de la Corte Constitucional en la sentencia que estudió la exequibilidad de un artículo contenido en una norma que aún no ha entrado en vigor, pues a partir de la publicación de la sentencia de constitucionalidad (31 de agosto de 2011, para el caso concreto) sus

¹¹ El Consejo de Estado ha admitido la anulación de actos y contratos estatales, así como la posibilidad de suspender provisionalmente los actos, pero no discutir su legalidad, e incluso, la procedencia de la acción para el análisis de legalidad de aquellos.

efectos se tomaron vinculantes dado el amplio criterio de la obligatoriedad de acoger la ratio decidendi de este tipo de pronunciamientos de la Corte.

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

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

El juez popular, en estos casos, debe tener una visión integral del asunto, pues no sólo están involucrados derechos colectivos, sino los subjetivos de las partes involucradas en el contrato, incluyendo sus trabajadores.

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

Los anteriores razonamientos, llevan a la Sala a conceder el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, al haberse desconocido el precedente constitucional dictado por la Corte Constitucional. En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 2 de noviembre de 2011, en lo que contravenga el precedente constitucional en torno a la imposibilidad de anular contratos estatales mediante acción popular, para lo cual deberá acompañarse a la decisión de la

Corte Constitucional la parte considerativa y resolutive que no se encuentren en armonía con esta.

Cabe anotar, que la decisión aquí plasmada, como se dejó dicho al inicio de este acápite considerativo, nada tiene que ver con la motivación o el sentido de la decisión en torno a la vulneración de los derechos colectivos que concluyó el Tribunal Administrativo del Magdalena, pues dicho análisis comprometería la autonomía del juez natural al emitir la providencia, sin embargo, es menester, conforme al análisis efectuado, la modificación de su parte motiva y decisoria para que estén conformes a los preceptos constitucionales y condensen un fallo armónico en su *ratio decidendi* y *decisum*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

5. FALLA

CONCEDESE el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, invocados por la parte actora, vulnerados por el Tribunal Administrativo del Magdalena en la sentencia de 2 de noviembre de 2011, por desconocer el precedente constitucional contenido en la sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011.

En consecuencia, se dispone: **DEJASE** sin efectos la sentencia de 2 de noviembre de 2011, especialmente el numeral segundo y sus subnumerales, contenidos de la parte resolutive, y aquella la parte motiva de esta que contravenga el precedente de constitucionalidad de la sentencia C-644 de 2011, en cuanto no es viable anular contratos estatales mediante el ejercicio de la acción popular.

ORDENASE al Tribunal accionado que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, emita la decisión de reemplazo, en la que se acoja la *ratio decidendi* de la sentencia de constitucionalidad 644 de 2011. El Tribunal deberá enviar un informe de su actuación a esta Corporación, una vez finiquitada la orden.

Se reconoce personería a la abogada Cecilia del Pilar García Pacheco como apoderada de los terceros interesados en las resultas del proceso, coadyuvantes de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder obrante de folio 92 a 98.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Cópiese, notifíquese y cúmplase. La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN
En comisión

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO