

ACCION POPULAR - Principal / ACCION POPULAR - Autónoma / ACCION POPULAR - Trámite preferencial

El artículo 1 de la Ley 472 de 1998 al señalar el objeto de la ley prescribe que "estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos"; a tiempo que el artículo 2 define las acciones populares como "los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos" y agrega que ellas se "ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible"; en tanto que el artículo 9 reitera que las acciones populares "proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos"; por fin, el artículo 34 al ocuparse de la sentencia prevé la posibilidad de condenar al pago de perjuicios "cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo" en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. Estas disposiciones conjuntamente tomadas permiten inferir sin mayor dificultad el carácter autónomo de estas acciones constitucionales. Carácter principal- y no residual como equivocadamente asevera el demandado- que tiene por propósito la plena garantía de los derechos objeto de su tutela. Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias pertinentes. En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados.

MINISTERIO PUBLICO - Nulidad relativa del contrato / NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO - Ministerio público / RESICION DEL CONTRATO - Legitimación. Ministerio Público

Las pretensiones de la parte actora -Ministerio Público- van encaminadas a que se rescinda el contrato y consecuencialmente se deje sin efectos el acta de liquidación del mismo. La Sala advierte que la rescisión, cuando se produce como resultado de la nulidad relativa de un contrato, no puede ser solicitada por el Ministerio Público toda vez que sólo facultado legalmente para incoar la nulidad absoluta de los contratos administrativos al tenor de lo dispuesto por el artículo 45 de la ley 80 de 1993.

ACCION POPULAR - Legalidad de actos o contratos de la administración. Alcance de las facultades del juez popular / JUEZ POPULAR - Facultades. Legalidad / ACCION POPULAR - Contrato estatal. Líneas jurisprudenciales / CONTRATO ESTATAL - Acción Popular. Legalidad. Derecho colectivo

No ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en punto a determinar el alcance de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de los alcances de sus atribuciones, en particular, si la defensa de los derechos o intereses colectivos le permite adoptar

decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la Administración. Una primera línea jurisprudencial, si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de la legalidad del contrato, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual. En otras palabras, conforme a este criterio la acción popular no es de recibo para controvertir la legalidad del contrato estatal, como que al efecto la ley prevé otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A.; corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto. En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho colectivo, de modo que la acción popular en estos eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario.

ACCION POPULAR - Contrato estatal. Acción Contractual / CONTRATO ESTATAL - Acción popular / CONTRATO ESTATAL - Función administrativa

Debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo. Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, "hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso". Y así lo ha señalado la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, de modo que de la función administrativa contractual se predicen los principios constitucionales de moralidad, eficacia y economía previstos en el artículo 209 Superior. En consonancia con este mandato fundamental, el artículo 3 de la ley 80 de 1993 establece que con la celebración de los contratos los funcionarios deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, en tanto la actividad contractual es una "forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales", además de "cumplir una función social, la cual implica obligaciones". Resulta claro que el desconocimiento de estos principios constitucionales y legales que deben orientar la contratación estatal, puede comprometer derechos e intereses de contenido colectivos. El inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista por sobrecostos e irregularidades cometidas en la contratación. De la lectura de esta norma, se infiere que para el legislador era claro que es posible vulnerar los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa con la celebración de contratos estatales en los dos eventos allí consignados (sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación). Corresponderá al juez, en cada caso en concreto, definir si se configura o no esa trasgresión.

CONTRATO ESTATAL - Juez popular. Facultades / REITERACION JURISPRUDENCIAL - Acción popular. Contrato estatal. Facultades del juez / CONTRATO ESTATAL - Vulneración de derechos colectivos. Acción popular y acción contractual

Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40 ley 472) permite concluir que los contratos estatales son

susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo. Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso. En todo caso, es preciso anotar que en estos casos no es dable hacer aseveraciones de carácter absoluto, sino que, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar con suma atención la procedencia de la medida que al mismo tiempo permita la protección del derecho colectivo vulnerado, sin atentar contra la seguridad jurídica, pilar básico de todo Estado de Derecho. Nota de Relatoría: Ver Exp. AP-518 del 31 de octubre de 2002

ACCION POPULAR - Titularidad. Contrato estatal / ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Legitimación / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Legitimación. Acción popular

El art. 87 del C. C. A. estatuye que sólo están legitimados para demandar la nulidad absoluta del contrato, las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo en el mismo, y así mismo podrá ser declarada de oficio por el juez cuando esté plenamente demostrada y siempre que en el proceso intervengan las partes o sus causahabientes. Y si bien el artículo 45 de la ley 80 de 1993 le había dado el carácter de popular a la acción de nulidad absoluta de los contratos, ya que extendió la legitimación a "cualquier persona", además de las partes, el Ministerio Público o la oficiosidad del juez, se debe aplicar al art. 32 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 87 del C. C. A., por ser de carácter posterior en el tiempo y especial en materia de procedimiento. Cuando mediante una acción popular se busca atacar un contrato estatal, estará legitimada cualquier persona (art. 12 ley 472), siempre y cuando con su instauración se pretenda proteger los derechos e intereses colectivos y, en este último evento, se encuentre plenamente demostrada dicha amenaza o vulneración al interior del proceso y hayan concurrido a él las partes contratantes, para garantizar así el derecho de defensa. Esa titularidad de la acción popular en toda persona está plenamente justificada, ya que esta última no pretende sustituir las acciones ordinarias, sino la defensa de un derecho o interés colectivo, como ya se expuso, dentro del marco de un conflicto en interés general. Nota de Relatoría: Ver sentencia C-221/99 de la Corte Constitucional

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Concepto jurídico indeterminado

Pretender definir normativamente la moralidad administrativa es un cometido complejo que bien podría incluso en esta materia lesionar el pluralismo consignado como una de las características distintivas de nuestro Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.). De allí que la moralidad administrativa prevista como derecho colectivo en el artículo 88 Superior en el literal b) del artículo 4 de Ley 472 de 1998, y en el artículo 209 C. P. como principio que debe inspirar la actividad de la administración, tiene una textura abierta que llama al juez en el caso concreto a configurarla, pero no de forma subjetiva, sino atendiendo a la finalidad legal que ha de orientar la acción u omisión de la autoridad pública o del particular que haya violado o amenace violar dicho derecho. Hace parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan "conceptos

jurídicos indeterminados" o "normas flexibles". En tal virtud, la Sala ha entendido como contraria a la moralidad administrativa toda actuación no coherente con el interés de la colectividad y, en particular, con los fines que persiguen las facultades asignadas al funcionario que las ejerce. Con esta perspectiva, esta Corporación ha señalado unos parámetros orientadores del proceso de concreción de este concepto jurídico indeterminado al caso concreto por parte del juez de conocimiento.

CONTRATO ESTATAL - Perfeccionamiento / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Registro presupuestal. Forma escrita / CONTRATO ESTATAL - Ejecución / EJECUCION DEL CONTRATO ESTATAL - Aprobación de garantías / CONTRATO ESTATAL - Forma. Solemnidad esencial

El régimen jurídico aplicable a la contratación estatal es claro en distinguir el perfeccionamiento de la ejecución del contrato estatal, al señalar inequívocamente que aquel tiene lugar una vez se obtiene el registro presupuestal previa formalización por escrito del acuerdo de las partes en torno al objeto contractual, mientras que la ejecución legal sólo tiene lugar hasta tanto se hayan aprobado las garantías. Debe recordarse que conforme lo dispone el numeral 3º del artículo 25 de la ley 80, en virtud del principio de economía, las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados. Con esta perspectiva, el artículo 39 de la ley 80, al ocuparse de la forma del contrato estatal, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales "constarán por escrito" (contrato litteris: Ex nudo pacto actio non nascitur, nuda pactio obligationem non parit del derecho romano, regla diametralmente opuesta a la del derecho civil moderno). La forma como se materializa el vínculo jurídico es pues escrita, sólo que las formalidades plenas están determinadas en función de la cuantía (par. Art. 39 ley 80 y art. 25 decreto 679 de 1994). Coherente y armónico con este precepto, el artículo 41 de la ley 80 de 1993 revistió a la forma escrita de un valor ad solemnitatem o ad substantiam actus o ad essentiam (forma dat esse rei), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad. Sin embargo, tal y como ya lo advirtió la Sala en oportunidad precedente, el artículo 41 de la ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO - Ejecución del contrato / CONTRATO ESTATAL - Solemne / REGISTRO PRESUPUESTAL - Perfeccionamiento del contrato / CONTRATO ESTATAL - Verbal. Prohibición

Es preciso subrayar que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 distingue entre perfeccionamiento y ejecución, de modo que por virtud de este mandato legal si un contrato no está perfeccionado no es ejecutable. Por ministerio de la ley, entonces, en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (art. 1500 del Código Civil) y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto; la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta, entonces, el simple acuerdo de voluntades sino que

es preciso que la expresión del consentimiento se haga a través de ese canal previsto por la ley: debe constar por escrito y debe contar con el respectivo registro presupuestal y la inobservancia de esas solemnidades especiales "impide el nacimiento de cualquier efecto contractual", y por lo mismo carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho. La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico que no se avenga a este cauce legal, al exigir que las partes han de elevarlo a escrito y contar con el registro presupuestal. En otras palabras, el contrato únicamente existe, una vez se satisface el requerimiento de la forma documental y su registro presupuestal, que de no cumplirse priva de efectos jurídicos al acuerdo de voluntades y, por lo mismo, no puede entrar a ejecutarse. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico.

CONTRATO ESTATAL - Inexistencia / CONTRATO ESTATAL - Ratificación expresa posterior / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Requisito para la ejecución

Si los contratos estatales son solemnes, a términos de los artículos 39 y 41 de la ley 80 y 49 de la ley 179 de 1994 (art. 71 del Decreto ley 111 de 1996), ha de estarse a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 998 del Código de Comercio -aplicable a los negocios jurídicos estatales por expresa remisión del inciso primero de los artículos 13 y 40 de la ley 80 y del artículo 8 del decreto 679 de 1994-conforme al cual: "Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación del acto o contrato". La ausencia de estas precisas exigencias legislativas en la contratación estatal ocasiona la inexistencia del negocio jurídico, pues esa es la manera como el legislador ha previsto para manifestar válidamente el consentimiento (forma *dat esse rei*). Por lo demás, la ratificación expresa posterior que permite la ley (inc. 1 art. 898 C.Co.) dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfecciona el acto inexistente tan sólo en la fecha de tal ratificación y no constituye una habilitación para normalizar o subsanar lo que comúnmente se denominan "hechos cumplidos", mediante el acta de liquidación, al tratarse de supuestos surgidos por fuera del marco del contrato, o lo que es igual, extracontractuales.

LIQUIDACION DEL CONTRATO - Común acuerdo / LIQUIDACION DE MUTUO ACUERDO - Contenido / ACTA DE LIQUIDACION - Actividad contractual / RELACION CONTRACTUAL - Inexistencia. Solemnidades

La liquidación de común acuerdo es regulada por el artículo 60 de la ley 80 y al aludir a su contenido, de su lectura se infiere que ese 'corte de cuentas' debe versar exclusivamente sobre las actividades desarrolladas dentro del marco del contrato. De suerte que únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales. Dicho en otros términos, si entre una entidad estatal y un particular surgen relaciones sinalagmáticas sin que hayan sido elevadas a escrito ni obtenido el registro presupuestal respectivo, no se está delante de una relación contractual, porque no existe contrato y por lo mismo el acta de liquidación no será el documento idóneo para involucrar obligaciones que no tengan por fuente el contrato. No se olvide que, de conformidad con el artículo 38 de la ley 153 de 1887, aplicable por remisión expresa del artículo 13 de la ley 80 de 1993, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. O lo que es igual, además de las estipulaciones que las partes pudieron haber acordado en el contrato estatal, se debe cumplir con las exigencias que establecidas para su perfeccionamiento

por las normas orgánicas del presupuesto y la ley 80, preceptos que -huelga decirlo- hacen parte del derecho público de la Nación y que no pueden ser desconocidos por las partes en desarrollo de la autonomía contractual. Nota de Relatoría: Ver Exp. 11090 del 29 de enero de 1998

ACTA DE LIQUIDACION - Actividades previas al perfeccionamiento del contrato /
DESVIACION DE PODER - Moralidad administrativa y patrimonio público / MORALIDAD
ADMINISTRATIVA - Desviación de poder / CONTRATO ESTATAL - Acción popular.
Protección de derechos colectivos

La inclusión en dicha acta de actividades desplegadas antes del perfeccionamiento del contrato, como base de la liquidación de los honorarios del contratista, constituye prueba indiciaria de la configuración en este caso de DESVIACION DE PODER, pues esta acta de liquidación se aparta del fin a ella señalado en la ley 80 al liquidar partidas económicas que no se generaron como consecuencia del desarrollo del objeto contractual, ya que varias de ellas se reconocieron como consecuencia de actuaciones previas al perfeccionamiento del contrato en estudio, de modo que en este evento el funcionario público hizo uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos. Con la inclusión de estas actividades en un documento llamado por la ley sólo a versar sobre asuntos propios del contrato, la Sala encuentra una flagrante amenaza para la moralidad administrativa y el patrimonio público del Departamento del Cesar, en la medida en que dicho patrimonio no fue manejado de acuerdo con la legislación vigente y con la debida diligencia y cuidado, que se advierte indiciariamente con la inclusión de conceptos que no podían ser incorporados en el acta de liquidación en tanto se trata de actividades anteriores al perfeccionamiento del contrato, actuación que desconoce palmariamente los fines que busca la ley 80 respecto del acto de liquidación, al buscar favorecer los intereses pecuniarios del particular. Como quiera que con la protección de estos derechos colectivos pretende que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable y que la actuación de la administración se despliegue sin desviación de poder, es a través de esta acción popular que deben tomarse las medidas adecuadas para garantizar dicha protección, medidas orientadas a que cese el peligro y la amenaza sobre los derechos colectivos invocados. Aparece, entonces claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el art. 209, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y que debe ser ejercida con sujeción al principio de moralidad acorde con los fines del estado. Precepto constitucional desarrollado por el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, que señala como principios de la función administrativa "los principios constitucionales, en particular los atinentes a ...moralidad, ...responsabilidad y transparencia", lo mismo que por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece que "las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa". De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa -dentro de la cual se encuentra la contratación estatal- con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública. En tal virtud, la Sala se limitará a adoptar la medida de suspensión del acta de liquidación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2.005)

Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP)

Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Demandado: AMADEO TAMAYO MORON

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, de fecha quince (15) de octubre de dos mil tres (2003), mediante la cual se ampararon los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados en el acta de liquidación del contrato número 038 del 2 de octubre de 1999, suscrita entre el departamento del Cesar y el contratista Amadeo Tamayo Morón, en consecuencia, se ordenó que los pagos al contratista se sujetaran a lo expuesto en la parte motiva de dicha sentencia. La providencia impugnada, igualmente, fijó un incentivo de diez (10) salarios mínimos legales mensuales a favor del Fondo de Defensa de Intereses Colectivos (fl. 781 a 782).

I. ANTECEDENTES

La Demanda.

La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN en ejercicio de la Acción Popular, actuando a través del Procurador Judicial II Agrario de Valledupar, presentó el 11 de diciembre de 2001 demanda en contra de AMADEO TAMAYO MORÓN.

Como pretensiones de la demanda se resaltan las siguientes:

1. Rescindir el contrato de prestación de servicios No. 38 de 1999 celebrado entre Amadeo Tamayo Morón y el Departamento del Cesar;
2. Declarar sin efecto la liquidación del mismo contrato;
3. Disponer que el Departamento no está obligado a pagar las sumas de dinero acordadas con el demandado;
4. Determinar el valor que justiprecialmente corresponda al abogado demandado por concepto de honorarios por las gestiones adelantadas en nombre del Departamento. (fl. 11 c. 1).

Como fundamento de las anteriores pretensiones, la parte actora formuló los hechos que a continuación se reseñan:

1. Previo un estudio de conveniencia, el 8 de abril de 1999 se suscribió el contrato No. 038 de 1999 denominado de asesoría, consultoría y gestión entre el entonces gobernador del Cesar Lucas Segundo Gnecco Cerchar y Amadeo Tamayo Morón, cuyo objeto consistió en:

"EL CONTRATISTA, se compromete para con el Departamento a realizar todas las actividades necesarias de asesoría y gestión profesional, así como los estudios jurídicos y técnicos, informes y similares que se requieran para obtener las indemnizaciones o compensaciones por el no cumplimiento del Gobierno Nacional, a lo dispuesto en los artículos 23 y 40 de las Leyes 226 de 1995 y 344 de 1996, respectivamente en el proceso de privatización del sector eléctrico en la Costa Atlántica y a realizar todas las acciones que haya lugar para el reconocimiento de los derechos del Departamento dentro del proceso liquidatorio de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. El

desarrollo del objeto de este contrato realizará las siguientes labores: 1.1: Revisión y evaluación de la documentación existente para sustentar las reclamaciones y configurar la existencia de los derechos. 1.2: Hacer los trámites de agotamiento de la vía gubernativa. 1.3: Apoderamiento, gestión y trámite de las gestiones judiciales encaminadas a obtener las indemnizaciones o compensaciones respectivas y la efectividad de los derechos constitucionales y legales que le correspondan al Ente Territorial. 1.4: Como consecuencia de los anteriores, adelantar idénticas actividades y gestiones sobre derechos que se vayan generando y que puedan ser reivindicados a favor del Departamento del Cesar".

El contrato dispuso que un término mínimo de duración de tres meses y que se extendería por el tiempo de duración del trámite de las actividades previstas en su objeto. El valor de los honorarios se pactó en un 16% del valor nominal de las acciones que "por gestión comprobada del contratista, incremente el porcentaje del Departamento del Cesar", un porcentaje igual sobre el valor de los créditos o derechos que el contratista hiciera reconocer a favor del Departamento y un porcentaje idéntico sobre el valor de la indemnización o compensación previstas en las leyes 226 y 344. En la cláusula decimanovena se previó que el acuerdo se entendía perfeccionado con la firma de las partes y que su ejecución sólo podía iniciarse una vez se aprobaran las garantías allí previstas.

1. El 9 de abril de 1999 las partes contratantes celebraron el contrato aclaratorio No. 1, por medio del cual se modificó el valor fiscal del contrato 038 de 1999, que en su cláusula 10ª establecía por error la suma de \$10'000.000 corrigiéndose por el valor de \$20'000.000.
2. El Departamento del Cesar, a título de anticipo y antes de entrar en ejecución el contrato, efectuó un pago de \$10.000.000 a favor del contratista.
3. El 13 de junio de 2000, las partes suscribieron el contrato aclaratorio No. 2 mediante el cual adicionaron un párrafo a la cláusula 3ª, así:

"PARÁGRAFO: En todo caso el valor de los honorarios pactados no serán acumulativos, SINO SIEMPRE Y EXCLUSIVAMENTE, DE UN DIECISÉIS (16%), ya que como consecuencia de la gestión del contratista, se reconozcan a favor del Departamento del Cesar, Acciones (valor nominal), créditos o derechos, indemnizaciones o compensaciones. Se consideran vigentes las demás cláusulas del contrato No. 038-99, que no contradigan lo aquí pactado". (fl. 7 c. 1)

1. El 2 de octubre de 2000, las partes contratantes suscribieron el acta de liquidación del contrato No. 038-99, donde se señaló que como consecuencia de la gestión del contratista se reconocieron al Departamento del Cesar los siguientes derechos:

5.1 Por concepto de estampillas Pro-electricación Rural la suma de \$134'878.141, 63.

5.2 Por obras del programa Plan de Inversiones Prioritarias de la Costa Atlántica - PLANIEP, la suma de \$11.974' 783.523,20.

5.3 Por otras inversiones eléctricas (DRI, PRO ESTAMPILLA, CNR y RECURSOS PROPIOS) la suma de \$11.841'963.870.

Para un total de \$23.951'625.534,63. En el mismo documento, luego de afirmar que el contrato se encontraba debidamente ejecutado, las partes acordaron reducir los honorarios a un 10% de la suma reconocida a favor del Departamento, ascendiendo estos a la cantidad de \$2.385'162.553.

1. Las actuaciones del contratista se contrajeron a:

6.1 Presentar un memorial el 25 de marzo de 1999 al liquidador de ELECTROCESAR S.A., solicitando el registro de capitalización y la expedición de títulos accionarios a favor del Departamento del Cesar, representativos de los aportes efectuados mediante cofinanciación para ejecución de obras del Planiep por valor de \$11.974'783.523; obras de ensanche del sistema eléctrico entre 1995 y 1998 con recursos propios (\$6.000'000.000); obras ejecutadas con recursos del Fondo Nacional de Regalías y de fondos de cofinanciación; financiación de otras obras eléctricas con recursos de estampillas Pro-electrificación rural y reembolso de los dineros administrados por Electrocesar por concepto de la estampillas y devolución de las que reposaren en su sede.

6.2 Interponer un recurso de reposición contra la Resolución No. 038 de 1999 del liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., para que se revocara el rechazo de la reclamación de la Gobernación del Cesar y se aceptara el crédito a su favor, el cual fue resuelto de forma negativa mediante la Resolución No. 076 de 1999.

6.3 Informes de actividades de fechas junio 30 y noviembre 22 de 1999.

6.4 Redactar carta dirigida al Ministerio de Hacienda el 13 de abril de 1999, pidiendo copia del concepto emitido por la División de Apoyo Fiscal del Ministerio.

6.5 Escribir carta de oposición a las reclamaciones de terceros el 19 de abril de 1999.

6.6 Elaborar carta de 1º de octubre de 1999 dirigida por el Gobernador al Superintendente de Servicios Públicos reclamando convocatoria de la asamblea general de accionistas de ELECTROCESAR S.A. E.S.P.

Las peticiones para obtener el pago de la liquidación fueron firmadas por el Gobernador del Cesar el 12 de abril de 2000 y dirigidas al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. para que contabilizara en los activos los valores correspondientes al DRI, PROESTAMPILLAS, CNR y RECURSOS PROPIOS, por \$11'841.963.870, la cual fue aceptada por Resolución No. 030 de 2000.

El actor resalta que las acciones emprendidas por Amadeo Tamayo Morón fueron efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor del contrato No. 038 de 1999, esto es antes del 17 de noviembre de 1999, fecha de aprobación de la respectiva póliza (fls. 12 a 16 c. 1)

Se invocaron como derechos colectivos vulnerados los relativos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa, al encontrar que la gestión del contratista no guarda una adecuada proporción con la retribución acordada, al no tener en cuenta que para los abogados existen unas tarifas convenidas por los Colegios de Abogados, que sirven para establecer un patrón de medida en un caso particular, al contratar un abogado -sin experiencia ni formación especializada en el campo contratado- para adelantar unas gestiones que podían ser desplegadas por los empleados de planta, como en efecto sucedió y , por fin, al advertirse que el Departamento no obtuvo ningún beneficio derivado de la actuación del contratista.

En el mismo escrito se solicitó que se llamara como litis consorte necesario por activa al Departamento del Cesar, representado por el Gobernador.

Asimismo advirtió que si bien la Procuraduría había presentado antes una demanda de nulidad contra el contrato, no se configura pleito pendiente, por tratarse de acciones con objeto y procedimiento distintos.

La demanda fue admitida por auto del 11 de diciembre de 2001 y allí se dispuso notificar a Amadeo Tamayo Morón y al Gobernador del Departamento del Cesar (fls. 26 a 27 c. 1)

2. Contestación de la demanda.

Amadeo Tamayo Morón, mediante escrito presentado el 21 de enero de 2002, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y observó que es un imposible jurídico pretender que se rescinda o termine el contrato 038 de 1999 pues fue terminado y liquidado de mutuo acuerdo, según las normas que gobiernan la materia y de acuerdo con la jurisprudencia la liquidación le pone término a la vinculación de las partes.

Aseveró que frente a los hechos de la demanda se atenía al texto del contrato, sus modificaciones y el acta de liquidación.

Indicó que las gestiones y actuaciones realizadas en cumplimiento del contrato van más allá de las señaladas en la demanda popular y que "[s]e trató de un trabajo complejo que implicó estudios profundos y redacción de documentos para la firma de las autoridades correspondientes, tal y como se desprende de los múltiples anexos con que se acompañan la cuenta e informes correspondientes" (fl. 38 c. 1)

Adujo que él elaboró la petición del entonces Gobernador del Cesar al Liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. Agregó que el actor popular parece desconocer que la abogacía no sólo se ejerce a través del derecho de postulación, cuando la ley y la jurisprudencia indican que la profesión de abogado no sólo involucra el litigio sino también la asesoría y la asistencia legal, entre otros.

Añadió que si bien la aprobación de la póliza fue hecha el 17 de noviembre de 1999, ésta amparaba con efecto retroactivo los riesgos comprendidos desde el 8 de abril de 1999 hasta el 8 de abril de 2000; luego, las gestiones realizadas con anterioridad a la aprobación quedaron amparadas por ella. Además, esta omisión no genera inexistencia ni nulidad absoluta del contrato, toda vez que en virtud del artículo 41 de la ley 80 de 1993 el contrato estatal se perfecciona con el acuerdo sobre el objeto y éste se eleva a escrito. A lo sumo generaría una nulidad relativa, la cual fue saneada con la aprobación de la póliza.

Propuso la excepción de "inexistencia de intereses amenazados", la cual fundamenta en que la discusión sobre los honorarios está supeditada a la decisión del que profiera el juez natural del contrato al resolver la acción contractual interpuesta por el mismo Ministerio Público. Por lo demás, el Ministerio Público ordenó suspender de manera inmediata e indefinida cualquier pago correspondiente al acta de liquidación del contrato. Bajo esta perspectiva no era procedente iniciar "una acción residual y especial" como la establecida en la ley 472.

Se opuso también mediante la excepción de "pleito pendiente entre las partes", puesto que la acción popular y la contractual son excluyentes en tanto persiguen fines diversos, debiéndose adecuar la acción a la que corresponda.

Interpuso igualmente la excepción de "inexistencia de las causales invocadas", en relación con la moral administrativa, pues se 'reivindicó' para el Departamento del Cesar la suma de \$23.951'625.534,63 producto de actividades realizadas por un contratista calificado y con amplia experiencia profesional acompañado por un grupo interdisciplinario, las cuales no se hubiesen podido llevar a cabo por el personal de planta de la Gobernación debido a su falta de experiencia

y conocimiento especializado en este tema. Además como la propuesta fue estructurada a iniciativa del contratista el Gobernador no podría trasladar esa tarea a uno de los abogados de planta "puesto que ello tipificaría un aprovechamiento ilegal de mi derecho (sic) de autor, de mi derecho al trabajo y generaría un enriquecimiento sin causa a favor del Departamento".

En relación con la lesión al patrimonio público, manifestó que solo le ha sido pagada la suma de \$10'000.000 por gastos del contrato, y en cuanto a la cuantía de los honorarios, ésta debería ser fijada por el juez contencioso administrativo que conozca de la acción contractual, pues la complejidad de su gestión no permite establecerlos por las tarifas de los Colegios de Abogados. Además, no resulta aplicable la ley 598 de julio 28 de 2000, por la cual se crea el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal-SIC, en razón a que no estaba vigente al momento de la celebración del contrato (ley 153 de 1887, arts. 38 y 39).

Frente a la solicitud de la actora de llamar como litisconsorte necesario por activa al Departamento del Cesar, señaló que no es al actor a quien corresponde calificar el carácter en que debe actuar un sujeto procesal, ello le compete al juez. (fls. 37 a 61 c. 1).

3. Admisión de la demanda.

Por auto de 11 de diciembre de 2001 el Tribunal Administrativo del Cesar admitió la acción popular interpuesta y ordenó la notificación personal de la admisión de la misma al demandado y al Gobernador del Departamento del Cesar, así mismo ordenó correr traslado por el término de 10 días para que contestaran la demanda (fls. 26 a 27 c. 1.).

4. Suspensión del trámite de pago del Acta de liquidación del contrato

Mediante comunicación 1374 de 9 de octubre de 2001 el Procurador General de la Nación solicitó al Gobernador del Departamento del Cesar la suspensión del trámite de pago del acta de liquidación del contrato No. 038 de 1999, con base en lo dispuesto en el numeral 37 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000. A juicio del Ministerio Público el contrato se encuentra viciado de nulidad, y por lo mismo se ejerció la acción de controversias contractuales (art. 87 C.C.A.). Los motivos de nulidad que invocó el Procurador son los siguientes:

4.1 Haber incurrido en la causal consagrada en el numeral segundo del artículo 44 de la ley 80, en cuanto no se llevó a cabo el procedimiento de selección del contratista;

4.2 Desatender normas legales de orden público (art. 1502 C.C. y art. 44 num. 2 Ley 80 de 1993), al desconocer las directrices de austeridad contempladas en los Decretos 1737 de 1998 y 2209 de octubre de 1998, que establecen la imposibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios cuando existiera personal de planta de la entidad que pudiera llevar a cabo las labores correspondientes, y la propia política departamental de austeridad en el gasto público (Decreto Departamental 766 de 11 de noviembre de 1998. Esta situación también comporta mediar causa ilícita en el contrato (num. 4 1502 CC).

Para el Ministerio Público el acta de liquidación también está viciada de nulidad por falsa motivación, carencia de causa y de objeto. Los derechos señalados como razones de pago fueron obtenidos con anterioridad a la firma del contrato; no aparece constancia de que haya mediado reconocimiento alguno a favor del Departamento por la gestión del contratista, por el contrario, las peticiones elevadas por el contratista fueron negadas por el liquidador; otras sumas no fueron obtenidas por el contratista sino por gestión directa del Gobernador. De modo que "la motivación incorporada como origen contractual del pago a favor del contratista es ajena a la realidad de los

hechos". Además, agrega el Procurador, las acciones emprendidas por el contratista fueron efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor del contrato, esto es, antes del 17 de noviembre de 1999, "por fuera del marco contractual, en forma previa a la ejecución del contrato"

Concluye el escrito del Ministerio Público destacando que según el artículo 1525 del C.C. no procederían las restituciones mutuas por mediar objeto y causa ilícitos en este negocio jurídico (fl. 80 a 91 c. 1).

Mediante Resolución 000410 de 20 de febrero de 2002 el Gobernador del Departamento del Cesar (E) dio cumplimiento estricto a lo ordenado por el Procurador General de la Nación en la comunicación antes citada y suspendió "de manera inmediata e indefinida el trámite de pago de los honorarios pactados y conciliados en el Acta de liquidación bilateral, de fecha 2 de octubre de 2000, suscrita entre el Gobernador de la época y el Doctor Amadeo Tamayo Morón, en relación con el contrato 038 de 1999" (fl. 267 a 268 c. 2 y 305 a 306 c. 2).

5. Reforma de la demanda

Por memorial de 5 de febrero de 2002 el actor presentó escrito en el cual señaló que los Gobernadores de la Costa Atlántica, el Viceministro de Minas, el Presidente de la Comisión Nacional de Regalías, el Director de la Financiera Eléctrica Nacional y el Director del Programa PLANIEP de CORELCA en reunión de 10 de febrero de 1999 acordaron reconocer a favor del Departamento del Cesar, once mil novecientos setenta y cuatro millones setecientos ochenta y tres mil quinientos veintitrés pesos "por concepto de participación en la Electrificadora del César (sic) por recursos correspondiente (sic) a Inversiones del programa Planiep". Este acuerdo de voluntades se protocolizó por escritura pública 841 de 21 de mayo de 1999 de la Notaría Segunda de Valledupar. De modo que la cantidad fue reconocida antes de suscribirse el contrato y muchísimo tiempo antes de la aprobación de las garantías que permitió su ejecución.

Agregó que el demandado cumplió las gestiones que le sirven de fuente para reclamar el pago antes de la suscripción del contrato. Si los contratos estatales son solemnes, mientras no se formalicen en un documento no existen, "de tal manera que las diligencias cumplidas con anterioridad a la celebración del mismo, no son contractuales, no tienen su fuente en el contrato sino fuera de él, y no pueden ser esgrimidas para justificar pagos con fundamento en el negocio". Indicó que el contrato sólo se puede ejecutar después de la aprobación de las garantías, de tal manera que las diligencias cumplidas antes de esta aprobación no son fuente para reclamar el pago del contrato. Se trata, entonces, de un caso típico de apoderamiento sin que existiera contrato alguno y no de mandato, como parece confundirlo el demandado (fls. 206 a 209 c. 1).

Este escrito fue rechazado por extemporáneo mediante auto de 12 de febrero de 2002 (fl. 215 a 217 c.1), el cual fue repuesto por el Tribunal por auto de 1 de marzo de 2002 al advertir que no existe norma en la parte general del C.C.A. que regule la corrección de la demanda dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 89 del C. de P. C. (fl. 256 a 269 c. 1).

El 3 de abril de 2002 Amadeo Tamayo Morón dio contestación al escrito de reforma de la demanda y aseguró que la reunión de los Gobernadores de la Costa Atlántica, el Viceministro de Energía, el Presidente de la Comisión Nacional de Regalías, el Director de la Financiera Eléctrica Nacional y el Director del Programa Planiep en donde se acordó reconocer a favor del Departamento del Cesar la suma de once mil novecientos setenta y cuatro millones setecientos ochenta y tres mil quinientos veintitrés pesos "constituye un mero acto si se quiere de buenas intensiones(sic) puesto que todos los funcionarios anteriores carecen de competencia absoluta

para decidir tal determinación...es exclusivamente el liquidador la autoridad que puede reconocer o desconocer tal derecho en un proceso como el que nos ocupa...Esta Acta perfectamente pudo inclusive ser pasible de acción de nulidad ante la Jurisdicción Contenciosa" (fl. 277 a 279 c. 2).

6. Impedimento del Gobernador

El Gobernador del Cesar planteó un impedimento para representar al Departamento en este proceso, en razón a que el demandado es su apoderado especial en un proceso electoral y solicitó se oficie al Presidente de la República para que designe un Gobernador Ad-hoc (fl. 226 c. 1). El A Quo aceptó este impedimento y la solicitud mediante auto de 15 de febrero de 2002 (fl. 235 a 237 c. 1), el cual fue confirmado por auto de 1 de marzo de 2002 (fl. 256 a 269 c. 1).

El Gobierno Nacional mediante Decreto 263 de 2002 nombró al Secretario de Gobierno del Departamento como Gobernador Ad hoc para que represente al Cesar en este proceso de acción popular (fl. 280 a 281 reverso c. 2 y 449 a 450 c. 2).

7. Pacto de cumplimiento

Con asistencia de las partes, y en presencia de representantes del Ministerio Público, se llevó a cabo la audiencia especial de Pacto de Cumplimiento el día 20 de febrero de 2002. La diligencia fue suspendida por la ausencia del representante legal del Departamento del Cesar, hasta tanto el Presidente de la República nombre un Gobernador ad hoc para que intervenga en esta diligencia y en este proceso (fl. 244 a 250 c. 1).

La audiencia se continuó el 2 de mayo de 2002, con la asistencia de las partes, la Contraloría Departamental, la Defensoría del Pueblo y la Procuradora y fue declarada fallida, ante la imposibilidad de llegar a un pacto de cumplimiento (fl. 296 a 300 c. 2).

8. Alegatos de conclusión

El A Quo abrió a pruebas el juicio el día 6 de mayo siguiente y después corrió traslado para alegar de conclusión, el 8 de mayo de 2003 (fols. 302 y 701 c.2).

La parte demandada reiteró el contenido de su contestación. Añadió que se practicaron varios informes de cinco peritos "con miras a establecer la realidad económica del contrato" los cuales fueron objetados por el actor por error grave. Ante lo cual el Tribunal designó dos nuevos peritos quienes guardaron silencio sobre el oficio de 12 de abril de 2000 dirigido por el demandado al Gobernador. El Tribunal, agregó, nombró a un nuevo perito ante la disparidad de cifras de los anteriores, éste se pronunció coincidiendo con el experticio emitido por los dos primeros "y el actor después de haber dejado vencer su oportunidad procesal, para referirse al dictamen de los segundos peritos, y de no haber solicitado nada más en relación al primer peritasgo (sic), decide solicitar al Honorable Tribunal...que ordene una nueva situación que él no pidió en su momento". Indicó que es justo que se le pague al contratista máxime cuando éste "en un gesto por demás plausible y admirable, se desprende del 6 por ciento del total ganado por su gestión, o sea dona al departamento la suma de \$ 1.431'097.531,80". (fls. 703 a 706 c. 2).

La Procuraduría General de la Nación, en su condición de actor popular, señaló que está demostrado dentro del juicio que el 10 de febrero de 1999 los Gobernadores de la Costa Atlántica, el Viceministro de Energía, el Presidente de la Comisión Nacional de Regalías, el Director de la Financiera Eléctrica Nacional, el Director del Programa Planiep acordaron

reconocer al departamento del Cesar \$11.974.783.523.20 por concepto de participación en la Electrificadota del Cesar por recursos correspondientes a inversiones del programa Planiep. Hasta entonces se trataba de una empresa de propiedad del Estado que se liquidó "en desarrollo de las nuevas políticas consignadas en la ley 142". Este compromiso político que tiene consecuencias jurídicas vinculaba al liquidador, pues son los propietarios de la participación quienes convienen con uno de los socios su cuota parte y el traslado de bienes representados en dinero dentro de la liquidación. Este acuerdo está contenido en la escritura pública de 21 de mayo de 1999 de la Notaría de Valledupar.

Agregó que luego de esta reunión, tal y como se acepta en la contestación de la demanda, el Gobernador y su secretario de Hacienda decidieron contratar un abogado que realizara estudios jurídicos especializados e interviniera en el proceso liquidatorio, sin que se señalara en el documento de justificación del contrato cómo se haría el proceso de selección, ni la forma de acreditar las condiciones profesionales que debía reunir el abogado "aspirante a ganarse en este solo contrato mas (sic) de siete mil millones de pesos, suma equivalente al 32% originalmente pactado"

Subrayó que el 8 de abril de 1999 el Gobernador celebró con el demandado el contrato 38 de 1999 que, de acuerdo a lo probado, "la voluntad de las partes limita el pago a los valores reconocidos por la gestión del ciudadano apoderado, después del perfeccionamiento del contrato, contrato que se suscribió el día ocho de abril de 1999". Destacó que según la cláusula decimonovena del contrato su ejecución sólo podría iniciarse una vez se aprobaran las garantías, lo cual tuvo lugar el 17 de noviembre de 1999, como se acreditó dentro del proceso. Indicó que el anticipo se pagó, como aparece probado plenamente en los antecedentes administrativos, antes de dicha aprobación de la garantía.

Resaltó que está demostrado que el Gobernador del Departamento del Cesar y Amadeo Tamayo Morón acudieron a liquidar bilateralmente el contrato el 2 de octubre de 2000 y en el acta se incluyeron

"como valores obtenidos por la reclamación...las cantidades que el 10 de febrero de 1999, el gobierno nacional reconoció al departamento, en cuantía de once mil millones novecientos setenta y cuatro mil setecientos ochenta y tres pesos, cuando quiera que el contrato se firmó el ocho de abril de 1999, y se aprobaron las garantías en noviembre siguiente. Es mi interés resaltar que: el gobierno nacional reconoce esos dineros en febrero, el contrato con el demandado se firma en abril y el aparece cobrando por las gestiones para su reconocimiento en octubre el año siguiente"

Añadió que no existe pleito pendiente en razón a que se ha interpuesto también la acción de nulidad contractual, toda vez que los bienes jurídicos que se buscan proteger son distintos.

Aclaró que la vinculación del Departamento como litis consorte necesario se solicitó por activa por tratarse del beneficiario directo de las pretensiones que se pretenden reducir o hacer desaparecer.

Respecto del dictamen pericial solicitado, señaló que "[l]os peritos designados haciendo clara muestra de su ignorancia concluyeron que ese era un problema de la autonomía de la voluntad, para significar que se podía pactar cualquier suma de dinero", cuando el pacto arbitrario de honorarios sin tener en cuenta unos valores objetivos y justos se sanciona disciplinariamente (art. 54.1 Decreto 196 de 1971). Por esta razón fue objetado el dictamen pericial. En igual error

incurrió el tercer perito designado frente a la diferencia insalvable del segundo.

Aseguró que no puede argüirse autonomía de la voluntad cuando median unos honorarios desproporcionados como los que se pretenden pagar con este contrato.

Afirmó que en este caso se omitió un proceso de selección del contratista, razón por la cual la Procuraduría sancionó al Gobernador y a sus asesores en decisión definitiva de primera instancia:

"La selección de Amadeo Tamayo se hizo a dedo, sin confrontar sus conocimientos en la materia, sin acreditar sus particulares condiciones profesionales, sin confrontarlas con los demás abogados de la plaza..."

El demandado fungió de apoderado sin mandato, tal y como lo reconoció en la contestación de la demanda, de modo que

"los servicios profesionales prestados sin contrato de mandato no pueden incluirse dentro de la liquidación de éste. La liquidación que se hace del contrato en este caso, no puede servir para encubrir la solución de una irregularidad: la circunstancia que Tamayo se apresurara (sic) a gestionar antes de suscribir el correspondiente contrato....La pregunta es: Si algo se debía por una gestión útil al Departamento, por qué no acudir a una transacción?, por qué no acudir a una conciliación prejudicial? por qué no acudir a un proceso de responsabilidad extracontractual?"

Añadió que las normas sobre aprobación de la garantía en tanto que son normas de derecho público, su trasgresión genera nulidad absoluta, de suerte que todas las actuaciones surtidas antes se hicieron con desconocimiento de la ley, no pueden invocarse como ejecución del contrato y "mal podrían incluirse en el proceso de liquidación bilateral" (fl. 707 a 722 c. 2).

9. Decisión apelada

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia de 15 de octubre de 2003, decidió amparar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados en el acta de liquidación del contrato No. 038 de 2 de octubre de 1999, suscrita entre el departamento del Cesar y el contratista Amadeo Tamayo Morón. En consecuencia, declaró sin efectos el acta de liquidación, ordenó que los pagos se sujetarían a lo dispuesto en la parte motiva de la providencia, negó las demás pretensiones, fijó un incentivo a favor del Fondo de Defensa de Intereses Colectivos y a cargo del demandado por valor de 10 salarios mínimos y ordenó integrar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia.

Consideró que si bien la acción popular se dirigió contra una persona natural, por tratarse de un contrato estatal, en el cual interviene una entidad pública, es competente la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del proceso al tenor del artículo 15 de la Ley 472 de 1999.

Estimó que no está llamada a prosperar la excepción de pleito pendiente, debido a que según el num. 10º art. 97 C. P. C., esta excepción procede cuando existe otro proceso entre las mismas partes y sobre el mismo asunto y, el demandado no probó lo anterior, pues no aportó copia de la demanda del otro proceso para determinar si las partes, pretensiones y hechos coincidían. Además, según la jurisprudencia del Consejo de Estado la acción popular procede así existan otros medios de defensa, pues su finalidad es la de proteger los derechos o intereses colectivos.

Indicó que frente a las otras dos excepciones, "inexistencia de las causales invocadas" e "inexistencia de intereses colectivos amenazados", por tratarse de asuntos sobre los que versa el proceso, al final de las consideraciones se determina lo relativo a su prosperidad.

Manifestó que el escrito dirigido por el contratista el día 25 de marzo de 1999 al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. no fue en cumplimiento del contrato No. 038 de 1999, por cuanto se realizó cuando el contrato no había sido suscrito. De consiguiente, el reconocimiento que hiciera el liquidador en la Resolución 038 de junio 8 de 1999, luego de negar la mayoría de reclamaciones del contratista, sobre los dineros de estampilla pro electrificación rural no pueden tenerse en cuenta como obtenidos en desarrollo del objeto del contrato, pues fue una actuación realizada antes de la firma del mismo.

Señaló que el reconocimiento de las inversiones que corresponden al Departamento del Cesar por obras realizadas con recursos del PLANIEP, no fue producto de la actuación del contratista, ya que la petición fue hecha antes de la suscripción del contrato y, fue negada posteriormente tanto en la resolución inicial, como en la que resolvió la reposición. Además, estos recursos ya habían sido reconocidos inicialmente en la reunión de Gobernadores de la Costa Atlántica del 10 de febrero de 1999, elevada a escritura pública No. 841 de 21 de mayo de 1999, de la Notaría Segunda de Valledupar, sin que aparezca probada actuación alguna del contratista.

En cuanto a otras inversiones del Departamento (distintas del PLANIEP), con dineros provenientes del Fondo Nacional de Regalías, del Fondo DRI, de recursos propios y de recursos de estampillas pro-electrificación rural; el contratista por intermedio del Gobernador Departamental, envió un escrito al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. el 12 de abril de 2000, solicitando proceder a la contabilización en sus activos, de los bienes que el Departamento del Cesar le entregó a la electrificadora, por los valores reajustados que se determinaron en un anexo a dicho escrito. Mediante Resolución 030 de 21 de junio de 2000, el liquidador de ELECTROCESAR ordenó la contabilización de unas obras realizadas como aporte en especie por el Departamento del Cesar a ELECTROCESAR S.A. E.S.P. (DRI \$4.475'720.860; Pro-estampillas \$1.617'263.635; CNR \$3.210'174.894; Recursos Propios \$2.538'804.481), para un total de \$11.841'963.870, contabilizado como pasivo interno a favor del Departamento del Cesar, que quedará contabilizado en la cuenta de depósito para futuras suscripción de acciones por igual valor.

Estimó que la indexación de este valor con base en lo dispuesto por el art. 68 del Decreto 2649 de 1993, art. 4º num. 8º de la Ley 80 de 1993 y el art. 1º del Decreto 679 de 1994, no es viable, puesto que el inversionista o accionista de una empresa tiene derecho a los dividendos o ganancias obtenidas por la empresa en un periodo determinado, en ejercicio de una actividad industrial o comercial. Además, algunas de las normas citadas se refieren a indexación en materia de contratos estatales y no a inversiones en empresas, por lo que no resultaban aplicables al caso, de modo que la suma recuperada solo asciende a \$6.994'289.932.

Adicionalmente, sobre este último valor tampoco pueden liquidarse los honorarios del contratista, porque para ello se requiere primero que esa inversión sea convertida en acciones y luego del proceso liquidatorio de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. se determine el valor a favor del Departamento del Cesar. La conversión de ese valor en acciones, al final del proceso liquidatorio de la empresa no va a ser el mismo, ya que tendrán que pagarse primero los pasivos externos, con prelación de créditos al tenor de lo dispuesto en la Resolución 038 de 1999, que estableció la masa de la liquidación, para finalmente cancelar con el dinero que quede las acciones de los socios.

El objeto del contrato señala que el contratista se compromete a realizar todas las acciones a que haya lugar para el reconocimiento de derechos del departamento dentro del proceso liquidatorio, actuación que no puede dejarse "a mitad de camino", sólo luego de hacerse efectivas esas acciones se liquidarán los honorarios del contratista, para que el reconocimiento de derechos a favor del departamento sea real y no teórico.

Aclaró que si bien la solicitud de reconocimiento de otras inversiones fue firmada por el Gobernador, esta fue elaborada por el contratista y presentada con posterioridad a la aprobación de las garantías.

Decretada dentro del proceso la práctica de una prueba pericial en razón a que la parte actora consideró que los valores fijados como honorarios para el contratista en el acta de liquidación eran excesivos, los peritos consideraron que se le debía reconocer al contratista la totalidad de los honorarios fijados en el acta de liquidación del contrato, por primar la autonomía de la voluntad de las partes. Ante la objeción del dictamen por la parte demandante se nombraron otros peritos, uno de los cuales dictaminó como correcto un 10% y el otro un 5% de lo reconocido a favor del Departamento del Cesar, proveniente de las actividades por él realizadas.

Consideró el Tribunal Administrativo del Cesar que este último porcentaje era el que debía ser aceptado, ya que la labor realizada por el contratista se limitó a obtener una información mediante una petición elevada ante el Superintendente de Servicios Públicos, quien a su vez solicitó a los directores de las entidades que manejan esos recursos un informe sobre las obras realizadas en el Departamento del Cesar para electrificación. De esta manera, según el A Quo, el contratista obtuvo la información

"sin que él realizara estudio alguno para establecer las obras que habían realizado esas entidades, solamente su actuación se limitó a actualizar los valores de esos informes, y hacer la petición al liquidador por intermedio del Gobernador...en donde solicita se contabilicen unos activos y no el reconocimiento a favor del Departamento de un pasivo interno para futura suscripción de acciones, esto último se hizo oficiosamente por parte del liquidador en la Resolución 030 de 2000, artículo segundo de la parte resolutive".

Arguyó que en el fondo no hubo dictamen pericial, pues no se hizo ninguna valoración por parte de los peritos, quienes se limitaron a afirmar que debían aceptarse los acordados por las partes, mientras no se anulara el contrato.

Subrayó que en el acta de liquidación del contrato se tuvo en cuenta para fijar los honorarios del contratista, reconocimientos por actuaciones realizadas antes de la suscripción del contrato (devolución dinero de estampillas y estampillas), y otros que no fueron el resultado de la actuación del contratista (obras del Planiep), lo que aumentó desproporcionadamente el valor de los honorarios, cuando el contratista sólo tiene derecho a los honorarios por reconocimientos de otras inversiones (DRO; FNR, recursos propios y obras pro estampilla), sobre la cantidad de \$6.994.289.932, honorarios que serán liquidados en un 5% del valor real que reciba el Departamento por el incremento accionario.

Encontró, entonces, que al haberse fijado en cuantía superior los honorarios que le correspondían al contratista, con esta acta de liquidación se violaron los derechos colectivos a la moral administrativa y a la defensa del patrimonio público, por tanto, las excepciones de "inexistencia de derechos amenazados" e "inexistencia de las causales invocadas" tampoco están llamadas a prosperar.

Ordenó dejar sin efectos el acta en mención, que al momento se encontraba vigente y, que aunque existe una orden de la Procuraduría de suspender el pago, ello no obsta para que en algún momento pueda ser cobrada. Tal medida es suficiente para la protección de los derechos colectivos vulnerados, por lo que decidió denegar las demás pretensiones de la demanda. (fl. 759 a 782 c. 3)

10. Recursos de apelación

Las partes interpusieron recurso apelación, los cuales fueron concedidos mediante autos de 4 de noviembre de 2003 (fl. 787 c. 3).

La Procuraduría General de la Nación sostuvo que esta es una oportunidad para que el Consejo de Estado se pronuncie en torno a la autonomía constitucional que tienen las acciones populares y desvirtuar que estas son subsidiarias de las acciones contractuales, como afirma el demandado.

Aseguró que el acta firmada por los Gobernadores de la Costa Atlántica y altos funcionarios del Gobierno Nacional tiene pleno valor jurídico por tratarse de los responsables del sector eléctrico y los propietarios de la empresa, documento que luego fue protocolizado en Notaría. Por ello cuando se celebró el contrato atacado, el Gobernador lo hizo a sabiendas que el reconocimiento de los créditos ya había sucedido.

Añadió que la firma del Contrato No. 038-99 se sustentó en un documento contentivo de un estudio de planeación, el cual se advierten dos necesidades: Vigilar el proceso de liquidación y obtener que las obras físicas construidas con recursos del Departamento sean reflejados en la composición de capital de la Electrificadora. Se trataba entonces de necesidades de orden jurídico, sin embargo en la contestación de la demanda se admitió que tuvo que contratar los servicios de un ingeniero, porque se trataba de reconocer e inventariar las redes eléctricas.

Aseveró que el contrato se firmó dos meses después del reconocimiento de los créditos por las máximas autoridades del sector eléctrico. Así, "el contrato debe entenderse como que reconoce un 16% sobre los créditos aún no reconocidos, y no sobre los que la administración ya tiene asegurados en un documento público suscrito por los funcionarios del sector y protocolizado en una Notaría". De modo que el reconocimiento ulterior en la liquidación de porcentaje de honorarios sobre esta cantidad constituye una clara violación de la moralidad administrativa, al configurarse un traslado de recursos públicos en beneficio de particulares. Cuando el contrato exige que se debe acreditar el desarrollo de las gestiones "que en todos los eventos el resultados sea posterior a la fecha de perfeccionamiento del contrato", se refiere naturalmente a las actuaciones realizadas después del perfeccionamiento del contrato "y no al éxito de las gestiones del Gobernador anteriores al mismo". Las gestiones cumplidas antes del contrato en febrero de 1999, no pueden ser retribuidas a un particular que suscribe un acuerdo en abril siguiente.

Observó que cuando en la contestación a la reforma a la demanda se afirma que las gestiones cumplidas antes de la suscripción se entienden incorporadas al contrato, se está desconociendo que las normas que determinan la solemnidad del contrato estatal son de orden público y por tanto no pasibles de ser modificadas por acuerdo. En cuanto al perfeccionamiento del contrato sostuvo el apelante que al pagar al contratista honorarios por cantidades reconocidas con anterioridad a la firma del contrato, se efectuaría una violación a la moralidad administrativa por el traslado de recursos públicos en beneficio de particulares. Además, esta afirmación contradice la voluntad de las partes pues según el contrato se pagarán las gestiones ulteriores al perfeccionamiento.

Esgrimió que hoy en día la ausencia del otorgamiento y la ulterior aprobación de la garantías impiden el cumplimiento del contrato "y convierte su trasgresión en soluciones extra contrato". De suerte que estando el contrato suscrito por las partes, no puede ser ejecutado hasta tanto no se apruebe la garantía, lo cual a la luz de la Ley 80 de 1993, constituye una condición de ejecución. Así, cualquier gestión cumplida con violación de ello, no puede ser remunerada por comportar una clara violación de la ley.

Sostuvo que no hay lugar a pago alguno a favor del demandado, en tanto que el grueso de las posibles prestaciones se cumplieron presuntamente antes de la suscripción del contrato, y en las restantes, antes de la aprobación de la garantía el 17 de noviembre de 1999.

Consideró que ante la afirmación del demandado según la cual liquidado un contrato no hay lugar a iniciar ningún tipo de acción, propicia una oportunidad para que el Consejo de Estado aclare este punto.

Estimó que, como lo señaló el A Quo, aunque teóricamente al Departamento se le reconoció una mayor participación en el globo accionario de ELECROCESAR S.A. E.S.P., en la realidad no recibirá nada porque el valor de los activos se subsume en el pago de los pasivos, lo cual, sostuvo el apelante, permitiría confirmar el sustento de la demanda, es decir, que pagar honorarios al contratista sin que el Departamento reciba nada como fruto de la gestión contratada, no sería más que un traslado de fondos públicos a un patrimonio privado de manera ilegal.

Finalmente, manifestó que es deber de la Procuraduría la guarda de la ética pública y la moralidad administrativa, así como también la defensa del patrimonio de un ente territorial que se está viendo amenazado con el actuar convenido de un funcionario y un particular. (fl. 793 a 802 c. 3)

Por su parte, el demandado -inconforme con la decisión- interpuso recurso, pues a su entender la acción popular es improcedente porque la Procuraduría concurrentemente dispuso la suspensión de la ejecución del contrato e interpuso una acción contractual de nulidad absoluta del contrato, por tal razón es claro que no se presenta ninguna amenaza contra los intereses públicos invocados en la demanda y tampoco se presenta agravio contra los mismos. Las razones por las cuales se consagra la facultad de suspensión de contratos, defensa del ordenamiento jurídico y del patrimonio público (art. 160 ley 734), coinciden exactamente con la finalidad que puede perseguirse con el ejercicio de la acción popular.

Sostuvo que si bien se ha reiterado el carácter autónomo de la acción popular, la Ley no estableció que mediante ella pueda declararse la nulidad de un contrato y la jurisprudencia tampoco ha señalado que con el establecimiento de este mecanismo procesal, se haya eliminado el procedimiento ordinario previsto en el C.C.A. para obtener dicha declaración.

Anotó que las pretensiones de la Procuraduría tanto en la acción contractual como en la acción popular, persiguen los mismos efectos, lo que podría generar dos decisiones diferentes frente a un mismo asunto.

Aseguró que el A Quo se limitó a señalar que el demandado no probó la excepción de pleito pendiente, pues no trajo al expediente la copia de la demanda del otro proceso para determinar si son las mismas partes, pretensiones y hechos, desconociendo que la prueba fue oportunamente solicitada y decretada en el curso del proceso.

Manifestó que la acción popular es improcedente para resolver las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto en aquella se solicitó la rescisión del contrato, figura asimilable a la de nulidad relativa, petición que resulta improcedente en acciones populares porque sólo puede formularse mediante el ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 C.C.A y porque el Ministerio Público no está facultado para solicitar tal nulidad relativa, pues el art. 87 C. A. solo lo autoriza a pedir que se declare la nulidad absoluta.

Apuntó que la segunda pretensión consistente en que se declare sin efectos la liquidación, no procede por cuanto no se señaló cual es la causal legal en que se funda. Al haberse decidido en la sentencia declarar sin efectos la liquidación sin señalarse que es producto de la declaratoria de nulidad del acto, se presentó un contrasentido, pues continúa dicho acto jurídico siendo válido, pero sin efectos.

En su sentir la decisión del A Quo de reducir sus honorarios a un 5% fue ilegal, ya que el Juez no está facultado legalmente para modificar una obligación válidamente pactada en un contrato, bajo la consideración de que dicha prestación es muy onerosa para una de las partes; pues en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, el Juez solo puede modificar lo pactado en los excepcionales eventos previstos legalmente. Adicionalmente, resulta ilegal hacer consideraciones respecto del costo de una prestación, cuando esta se ha pactado en un contrato aleatorio, donde el alea excluye la lesión.

Argumentó que si en gracia de discusión se admite que la acción popular faculta a ajustar el valor de un contrato, en este caso es ilegal por no estar soportada en las pruebas debidamente practicadas en el mismo (arts. 174, 177 C. de P. C. y 30 de la ley 472), pues el dictamen pericial - sin explicar las razones en que se basó- conceptuó que los honorarios debían reducirse al 5% de las sumas obtenidas por el departamento, desconociendo que las tarifas que fijan los colegios de abogados no tienen carácter obligatorio. Se trata entonces de un dictamen rendido irregularmente y cuyo contenido no fue apreciado y valorado por el juez de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 del C. de P. C.

Aseveró que el pago hecho por una actividad realizada por el contratista antes del perfeccionamiento del contrato "podría contravenir normas presupuestales pero de ninguna manera atenta contra los intereses populares relativos al patrimonio público o a la moralidad administrativa, pues es claro que esta prestación debe serle reconocida al contratista con fundamento en el principio del no enriquecimiento sin causa, al cual acude reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado para ordenar el pago de obras o servicios realizados cuando no existe un contrato que los respalde". No incluir en sus honorarios lo referente a labores realizadas previamente a la celebración o ejecución del contrato, constituye un enriquecimiento sin causa a favor del Departamento. El contratista venía prestando sus servicios aún antes de la existencia del contrato, mediante poder otorgado el 25 de marzo de 1999, en razón de la urgencia que tenía el ente contratante de formular las reclamaciones ante el liquidador, dentro del término previsto en el artículo 300, numeral 2º del Decreto 663 de 1993.

Advirtió que en cuanto a la segunda reducción referente a reconocimientos de las sumas provenientes del PLANIEP, el Tribunal desconoce las pruebas que acreditan las gestiones desplegadas por el contratista al efecto ya que "sin o se hubiese recurrido la resolución que la denegó, el Departamento no habría obtenido el reconocimiento de las sumas de dinero correspondientes al Planiep".

Enfatizó que el Tribunal no podía señalar que el reconocimiento hecho por el liquidador de

sumas indexadas era ilegal, de ser así, la figura del contrato a "cuota litis" se desvirtuaría pues cualquier contratante podría argumentar un reconocimiento de derechos ilegal para no cancelar los honorarios a su abogado. Las opiniones del Tribunal respecto de la ilegalidad del reconocimiento de la indexación al Departamento contradicen abiertamente la ley y la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Finalmente, estimó que cuando el a quo dispuso que solo se podía reconocerle al contratista honorarios por los derechos efectivamente convertidos en acciones, desconoció lo pactado en el objeto del contrato: "...reconocimiento de los derechos del Departamento dentro del proceso liquidatorio de Electrocesar S.A. E.S.P. (fls. 826 a 868 c. 3)

11. Trámite de segunda instancia

Los recursos se admitieron el 9 de febrero y 10 de marzo de 2004 (fl. 791 y 819 a 824 c. 3) y luego el 19 de mayo de 2004, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fol. 893 c. 3).

El actor guardó silencio.

Por su parte, el demandado reiteró lo expresado en la contestación, las alegaciones de primera instancia y el recurso de apelación.

Puso de relieve que la Corte Constitucional en Sentencia T 1143 de 2003 MP Eduardo Montealegre tuteló los derechos de un abogado con ocasión de la suscripción de un contrato de prestación de servicios profesionales con un municipio, cuyos honorarios habían sido pactados en la modalidad de cuota litis. En este fallo la Corte reiteró la autonomía de las partes al momento de pactar los honorarios profesionales y señaló: a) La tarifa se fija con observancia de las regulaciones de los colegios de abogados; b) Que no existe un deber jurídico de bajar tarifas cuando se obtiene un resultado exitoso en breve lapso y c) No basta el cobro desproporcionado de unos honorarios, es necesario el aprovechamiento de la ignorancia o necesidad del cliente que debe aparecer probada en el proceso y que tratándose de la Administración no puede presumirse esta circunstancia. La Corte estimó que el porcentaje pactado del 19% y conciliado a un 17% no desborda las regulaciones o topes de los colegios de abogados.

Agregó "[e]s posible que el Tribunal en un prurito de moralidad que no se justifica, llegue más halla (sic) de sus atribuciones perjudicándome solo (sic) a mi (sic), puesto que su decisión en nada afecta los derechos reivindicados a favor del Departamento y mucho menos los de la Electrificadora...?"

Concluyó señalando que al juez sólo le queda la posibilidad de declarar ajustado o no al ordenamiento jurídico el contrato estatal, pero no modificar los términos de las obligaciones máxime cuando estas no devienen en objeto o causa ilícitos (fols 880 a 891 c. 3).

II. CONSIDERACIONES

Para entrar a resolver el recurso propuesto, la Sala estima que lo procedente es estudiar, en primer lugar, las excepciones propuesta por lo que es menester examinar las acciones populares frente al contencioso contractual, para luego hacer unas reflexiones sobre los problemas jurídicos planteados en torno a la liquidación del contrato, en especial los relativos a las actuaciones que se adelantan antes del perfeccionamiento de un contrato.

1. La acción popular no es subsidiaria, supletiva o residual.

Según el demandado la acción popular impetrada no es procedente por tratarse de "una acción residual y especial".

La Carta Política de 1991 en su artículo 88, al constitucionaliza

"

las acciones populares, institutos procesales inspirados en el viejo derecho roman

y en el pragmatismo anglosajó

, indicó de manera nítida su finalidad previendo que la ley regularía estos mecanismos de protección de los derechos "para la protección de los derechos e intereses colectivos"

Este proceso de constitucionalización, justamente obedeció, como señala la Corte Constitucional:

"... a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad mas o menos extensa de individuos. 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.

Para cumplir con lo ordenado por el artículo 88 Constitucional citado, la Representante a la Cámara Vivianne Morales Hoyos presentó el Proyecto de ley No. 005 de 1995 Cámara

. En su exposición de motivos se lee:

" Así como las acciones de tutela se han convertido en un trascendental instrumento para la efectiva protección de los derechos fundamentales a raíz de su consagración en la Carta Política, y posterior desarrollo legislativo, existe en el artículo 88 de la Constitución un no menos eficaz recurso para el amparo de los llamados derechos e intereses colectivos, como es el de las acciones populares, cuya existencia se remonta en la historia del Derecho, al Derecho Romano y al antiguo Derecho Inglés.

(...)

Estos ejercen verdaderos derechos colectivos para satisfacción de necesidades comunes y cuando quiera que tales prerrogativas son desconocidas se produce el agravio o daño colectivo, cuyo remedio ha sido atribuido en la Constitución a las acciones populares, auténtico derecho de defensa de la propia comunidad

(se subraya)

A su vez, en el proyecto de ley 084 de 1995 Cámara, presentado por el Defensor del Pueblo, se indica:

"Las acciones colectivas consagradas en el artículo 88 de la Constitución, son el instrumento tutelar del interés público, allí radica el gran valor que tienen para la comunidad; son un

instrumento o medio procesal de protección de derechos colectivos ante una autoridad judicial.

(...)

Si miramos cada uno de estos derechos vemos que no pueden existir sin cooperación entre los grupos humanos, la sociedad civil y el Estado y las naciones en el contexto internacional. La solidaridad es el fundamento y valor axiológico que da origen y permite la existencia de los derechos colectivos.

Su carácter eminentemente colectivo genera un fenómeno de doble titularidad, individual y colectiva en su ejercicio

(subrayas fuera de texto original)

Al paso que en la ponencia para primer debate en Cámara de Representantes a los proyectos de ley acumulados, que a la postre serían la ley 472, se dijo:

"Todo el ordenamiento jurídico debe abanderar los cambios en la estructura social, económica y política de la sociedad, ampliando los procedimientos tradicionales existentes para proteger los derechos comunitarios como tal y no solamente los circunscritos a cada individuo en particular.

De lo anterior se deduce que el mecanismo más idóneo para ello lo constituyen las acciones populares, que permitan a numerosos individuos interponer una sola acción en lugar de presentar varias demandas individuales, frente a una acción u omisión que vulnera derechos e intereses colectivos"

(subrayas no originales)

Con esta perspectiva, el 5 de agosto de 1998 fue expedida la ley 472 de 1998, "[p]or la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones

, la cual dispone -con la misma claridad y precisión constitucionales- que estas acciones tienen por objeto la defensa de los derechos e intereses colectivos.

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

Estas disposiciones conjuntamente tomadas permiten inferir sin mayor dificultad el carácter autónomo de estas acciones constitucionales. Carácter principal

- y no residual como equivocadamente asevera el demandado- que tiene por propósito la plena garantía de los derechos objeto de su tutela. Se trata, pues, de la defensa especial de unos

derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad

y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias

pertinentes.

Ahora bien, la tutela colectiva de estos derechos constitucionales impuso la consagración -como instrumentos jurídicos principales y no residuales- de estas acciones constitucionales, tal y como se destacó en la Asamblea Nacional Constituyente:

"(...) la dimensión e importancia de los derechos colectivos se evidencia cuando se vulneran o se desconocen los intereses que ellos encarnan, ya que, en tales circunstancias, se produce un agravio o daño colectivo. Así acontece, por ejemplo, cuando se afectan de manera negativa el medio ambiente y los intereses de los consumidores. La lesión resultante perjudica, con rasgos homogéneos, a un conjunto o a todos los miembros de la comunidad, y, por tanto, rebasa los límites de lo individual.

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

(...)

Como se infiere de todo lo expuesto, las acciones populares han tenido una significativa acogida en los proyectos y propuestas de reforma constitucional, especialmente en aquellos que consagran derechos colectivos. Es esta una indicación clara de que tales acciones constituyen, ciertamente, un instrumento eficaz para la aplicación de dichos derechos

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

(subrayas de la Sala)

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 efecto, en los antecedentes históricos del artículo 88 Constitucional se puso de relieve que:

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

El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las acciones populares, a la vez que les atribuye una autonomía que no excluye el recurso a acciones

individuales de estirpe tradicional. Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad, protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de 'difusos' como también los propios del actor"

(se subraya)

Se trata entonces de un bien jurídico distinto al que se pretende proteger con las acciones ordinarias, o lo que es igual, con ellas se busca la defensa de una categoría diferente de derecho , que un importante sector de la doctrina denomina "intereses difusos colectivos"''''

referidos -como sostiene Bujosa Vadell- "a bienes no susceptibles de apropiación exclusiva, son intereses de cada uno y a la vez de todos los miembros del grupo, en los que todos son titulares pero ninguno de ellos es propiamente el titular en sentido clásico...

.

Desde esta óptica, la doctrina nacional define la acción popular como "el derecho que le permite a cualquier ciudadano formular demandas que tengan por objeto la protección de los intereses de la comunidad (...) la acción popular siempre se encamina a la salvaguardia y protección de la comunidad

Se trata, pues, dentro del marco de las modernas tendencias del llamado "derecho solidario , de:

"remedios procesales colectivos frente a agravios y perjuicios públicos. A través de ellas cualquier persona, perteneciente a un grupo de la comunidad, está legitimada procesalmente para defender al grupo afectado por unos hechos o conductas comunes, con lo cual simultáneamente protege su propio interés, y obtiene en ciertos casos el beneficio adicional de la recompensa otorgada en determinados eventos por la ley

Es innegable que le asiste razón a Nicotra cuando advierte que:

"La normatividad decimonónica del derecho del siglo XIX (sic) sólo reconocía categoría jurídica a los intereses legítimos y a los derechos subjetivos. Es decir, se exigía una relación directa entre la norma jurídica y el interés concreto, particular, individualizado que conformaba su contenido. Quedaban marginados todos los intereses colectivos, tildados de indefinición, ambigüedad o pluralidad dispersa en el sujeto.

Algunos autores (como Zanobini, Barbero) comienzan a hablar de derechos debilitados o intereses ocasionalmente protegidos, no tanto porque su fuerza sea jurídicamente menor, sino, porque la norma protege en forma directa el interés general, y sólo indirecta, consecutiva u ocasionalmente, los intereses individuales. Otros autores hablan de intereses simples o difusos.

Así Morillo, Hitters, Berizonce, Stiglitz, no aluden a difuso por oposición a preciso y concreto. En realidad, apuntan a una mayor amplitud conceptual. A una pluralidad de individuos que gozan de aptitud para activar el lenguaje judicial.

Creemos, personalmente, que correspondería hablar de una voluntad social activa que defiende sus intereses colectivos de pertenencia difusa. Lo difuso, en el peor de los casos, no es la esencia y el contenido de estos derechos sino la determinación del grupo social de pertenencia y su

legitimación, porque el interés es, siempre, concreto y real.

Estos derechos de pertenencia difusa son verdaderos derechos públicos subjetivos (Vásquez Rossi). Así como no hay derecho subjetivo individual sin acción correlativa, no tendría sentido predicar sobre derechos públicos sin acceso a la jurisdicción. Y cuando en una normativa (como la de la ley 10000 en Argentina) son posibles la legitimación y la representación por cualquier ciudadano, la facultad es concreta y total"

Entre nosotros, siguiendo las experiencias foráneas, no hay discusión en el sentido de que:

"La naturaleza de los derechos cuya protección se logra a través de las acciones cuya consagración se hizo en el artículo 88 constitucional es la de los de tercera generación, entendido por tal aquellos derechos relacionados con el mejoramiento y mantenimiento de la buena calidad de vida, aquellos derechos cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto, sino que a todos corresponde, y por ende cualquiera puede solicitar su protección dado el interés que todos tienen en su conservación y mantenimiento, y cuya vulneración genera conflictos de carácter colectivo, dada la pluralidad de sujetos afectados con su alteración

De allí que no sorprenda que la Sala haya sostenido recientemente, en consonancia con lo expuesto por la doctrin

, que

"su titularidad radica en un colectivo debido a su carácter 'supraindividual', dando lugar a una legitimación colectiva que se otorga a un individuo como miembro de una colectividad afectada (art. 12 ley 472 de 1998)

(...)

De suerte que, a diferencia de lo que sucede con la acción de tutela (art. 86 C.N.), la protección de los derechos colectivos por vía popular no es excepciona

y por lo mismo se constituye en instrumento idóneo para la defensa de los mismos, en un plano distinto al individual, vale decir, desde su perspectiva abstracta y no concreta(...)

Y la acción popular no es subsidiaria sino principal debido a que la existencia de otros medios de defensa no la hace improcedente, pues es principal e independiente de otras acciones

. (negrillas originales)

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 subsidiari

; 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 involucrado

, como se vio anteriormente.

De allí que, de tiempo atrás la Sala tiene determinado que:

"El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a

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

A diferencia de la concepción tradicional de la protección judicial, basada en el derecho subjetivo, en la acción popular como quiera que no resultan vulnerados derechos o intereses particulares, sino los denominados "difusos" o colectivos, el análisis se debe centrar en el estudio de la vulneración de los derechos reconocidos a la colectividad.

El ámbito dentro del cual se define la acción popular es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos (...), de lo cual pueden desprenderse además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, que en nada afectan la iniciación, trámite y culminación de la acción popular

. (subrayas fuera de texto original)

Como quiera que el demandado propuso la excepción de "pleito pendiente entre las partes", puesto que, a su juicio, la acción popular y la contractual son excluyentes en tanto persiguen fines diversos, debiéndose adecuar la acción a la que corresponda, es menester entrar a estudiar las grandes líneas jurisprudenciales expuestas por esta Corporación a ese propósito.

2. Las acciones populares frente al contencioso contractual

No ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en punto a determinar el alcance de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de los alcances de sus atribuciones, en particular, si la defensa de los derechos o intereses colectivos le permite adoptar decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la Administración.

La interpretación de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el alcance de las facultades del juez popular, en lo que hace a revisión de la legalidad de actos y contratos de la Administración, ha experimentado una evolución, no exenta de contradicciones, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Hay que señalar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia se debió -en parte- a que en un comienzo todas las secciones conocían de los más disímiles asuntos, circunstancia que vino a ser remediada con la expedición del Acuerdo 55 de 2003, por el cual se reformó el reglamento interno del Consejo de Estado, el cual atribuyó exclusivamente a la sección tercera el conocimiento de las acciones populares interpuestas en materia contractual, lo mismo que las atinentes a la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Una primera línea jurisprudencia

, si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de la legalidad del contrato, por tratarse de un tópico propio de la acción contractua

. En otras palabras, conforme a este criterio la acción popular no es de recibo para controvertir la

legalidad del contrato estatal, como que al efecto la ley prevé otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A

; corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto

.

Esta postura restrictiva es la asumida por un sector de la doctrina, encabezado por el tratadista Javier Tamayo:

"Puede suceder que el origen del alegado daño real o contingente a un interés o derecho colectivo se encuentre en la existencia misma de un contrato o de un acto administrativo, en cuyo caso, la única forma de lograr la supresión del daño permanente o potencial será destruyendo o aniquilando el acto o contrato.

En nuestro concepto, la acción popular no es procedente en semejantes circunstancias y solo acudiendo a las vías especiales consagradas expresamente en la ley, será posible destruir el acto o contrato. Por lo menos, así se desprende del texto de la Ley 472. Ya anulado o desaparecido el acto o contrato, sería procedente la acción popular

En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho colectivo

de modo que la acción popular en estos eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario.

Criterio respaldado por varios comentaristas, que sostienen que:

" (...)En el caso de los contratos, la acción popular es procedente, sólo para conjurar el daño contingente, siempre y cuando la medida preventiva no conlleve adoptar decisiones que sean del resorte del juez del contrato en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A., sino únicamente las que tengan relación directa con la amenaza del daño colectivo. A manera de ejemplo, es factible una acción popular para obligar a un contratista a restituir el tránsito de una carretera deteriorada por la ejecución de una obra cuando quiera que esta circunstancia origine una amenaza a un derecho colectivo. Al igual, creemos que el juez de la acción popular si observa vicios de ilegalidad en la celebración del contrato, deberá señalarle al demandante que existe el camino de las acciones contenciosas.

La posibilidad de suspensión de la ejecución de un acto administrativo o de un contrato mediante la herramienta de la acción popular, a nuestro juicio deviene porque el juez no está facultado para negar esta acción aduciendo que existe otro medio de defensa judicial, basta únicamente que advierta la violación del derecho colectivo para que proceda a decidir de fondo el asunto

(subrayas originales)

Desde una similar óptica se ha considerado que:

"[d]e conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de la función administrativa, debe guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. Esto significa que a través de los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos.

(...)

Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular.

La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.

Nótese que la jurisprudencia ha adoptado soluciones disímiles, por no decir antinómicas, que

"van desde la negativa rotunda a cualquier control -incluido el de la validez- de los contratos estatales, hasta la plena aceptación del mismo, la admisión de la posibilidad de que el actor popular solicite la nulidad absoluta del contrato estatal o de que el juez la declare de oficio, la suspensión de procesos precontractuales para que se cumplan determinados requisitos que el juez entiende necesarios para la tutela adecuada de los derechos colectivos, la suspensión temporal de los efectos de un contrato mientras el juez de la acción ordinaria contractual se pronuncia sobre su validez, la suspensión de obras que son fruto de un contrato por encontrarlas contrarias a dichos derechos, etc. En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular'

(subrayas de la Sala)

No obstante lo expuesto, debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo. Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, "hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso

Ahora, por sabido se tiene que la actividad contractual es una modalidad 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

.....

.

Y así lo ha señalado la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado

, de modo que de la función administrativa contractual se predicen los principios constitucionales de moralidad, eficacia y economía previstos en el artículo 209 Superior.

En consonancia con este mandato fundamental, el artículo 3 de la ley 80 de 1993 establece que con la celebración de los contratos los funcionarios deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, en tanto la actividad contractual es una "forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales", además de "cumplir una función social, la cual implica obligaciones". Resulta claro que el desconocimiento de estos principios constitucionales y legales que deben orientar la contratación estatal, puede comprometer derechos e intereses de contenido colectivos.

Con toda razón Casagne estima que:

"El 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...":

Con esta perspectiva, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista por sobrecostos e irregularidades cometidas en la contratación, en los siguientes términos:

"cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso"

De la lectura de esta norma, se infiere que para el legislador era claro que es posible vulnerar los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa con la celebración de contratos estatales en los dos eventos allí consignados (sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación). Corresponderá al juez, en cada caso en concreto, definir si se configura o no esa trasgresión

Ahora bien, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra el precepto transcrito la Corte señaló:

"No se trata, pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son

competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo.

(subrayas no originales)

En oportunidad precedente, la Sala había entendido que esta afirmación de la Corte Constitucional que prima facie parece excluir del conocimiento del juez popular toda controversia atinente al contrato estatal, en modo alguno resultaría vinculante, por tratarse de un típico obiter dictum, esto es, una aseveración carente de fuerza vinculante obligatoria -en los términos del artículo 48 LEAJ- por ser ajena a la ratio decidendi del fallo de constitucionalidad

Una segunda lectura del párrafo transcrito, independiente de su fuerza vinculante, permite a la Sala concluir que lo que en realidad la Corte Constitucional señaló fue que las acciones populares no tienen por vocación convertirse en sucedáneo de las acciones contenciosas al efecto previstas por el C.C.A., pero ello no excluye -como en efecto no lo hace la Corte, como tampoco lo hace la ley 472- que un contrato estatal pueda eventualmente vulnerar o amenazar un derecho o interés colectivo y, por ende, tornar procedente su amparo en sede popular.

Retomando la idea expresada líneas arriba según la cual la contratación es expresión de la función administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 472, las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Dispositivo legal reiterado por el artículo 15 eiusdem que atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en "actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas".

En armonía con estos preceptos, el artículo 34 eiusdem prescribe que la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o no hacer y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere físicamente posible.

Es importante advertir que cuando estas normas aluden a acciones de las autoridades públicas, resulta claro para la Sala que este concepto genérico incluye, por supuesto, la celebración de contratos, por lo que no resulta, entonces, difícil admitir el examen de validez del contrato en sede popular.

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo

Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta

oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso:

"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 resolverse en los términos del art. 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993, se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso."

En todo caso, es preciso anotar que en estos casos no es dable hacer aseveraciones de carácter absoluto, sino que, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar con suma atención la procedencia de la medida que al mismo tiempo permita la protección del derecho colectivo vulnerado, sin atentar contra la seguridad jurídica, pilar básico de todo Estado de Derecho

Por lo demás, no está llamada a prosperar la excepción de pleito pendiente propuesta en el escrito de contestación de la demanda (fls. 35 a 64 c. 1), como en la sustentación del recurso de apelación interpuesto al fallo de primera instancia (fls. 826 a 868 c. 1), pues al tenor de lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 472 de 1998 sólo podrán proponerse las excepciones previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada.

En cuanto hace a las excepciones propuestas de "inexistencia de los intereses amenazados y de las causales invocadas", comoquiera que estas excepciones están encaminadas a establecer que no existe amenaza o vulneración alguna de los derechos colectivos invocados, materia justamente asunto del proceso, su procedencia o no, sólo podrá determinarse al final del mismo, luego del estudio respectivo de los hechos y las pruebas.

Una vez establecida la procedencia de la acción popular para decidir asuntos en relación con los contratos estatales cuando con éstos se vean afectados derechos o intereses colectivos y, las consecuencias jurídicas que su ejercicio puede acarrear, se debe precisar la legitimación para ejercitar una acción popular en este sentido y, entonces, con ella solicitar medidas en relación con un contrato estatal.

3. Legitimación universal de las acciones populares

El art. 87 del C. C. A estatuye que sólo están legitimados para demandar la nulidad absoluta del contrato, las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo en el mismo, y así mismo podrá ser declarada de oficio por el juez cuando esté plenamente demostrada y siempre que en el proceso intervengan las partes o sus causahabientes. Y si bien el artículo 45 de la ley 80 de 1993 le había dado el carácter de popular a la acción de nulidad absoluta de los contratos, ya que extendió la legitimación a "cualquier persona", además de las partes, el Ministerio Público o la oficiosidad del juez, se debe aplicar al art. 32 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del artículo 87 del C. C. A., por ser de carácter posterior en el tiempo y especial en materia de procedimiento.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-221 del 14 de abril de 1999, declaró la exequibilidad de dicho artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al estimar que:

"...no siendo una acción pública de rango constitucional, bien puede el Legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, restringir la titularidad de la acción o someter su

ejercicio al cumplimiento de requisitos y condiciones razonables, atendiendo criterios de política legislativa, en aras de la efectividad de otros principios constitucionales, como el de la pronta y oportuna decisión por la justicia contencioso administrativa de las controversias contractuales que le son sometidas

(...)

Es obvio que dicho interés directo radica esencialmente en quienes intervinieron en el proceso licitatorio. Empero, **no puede considerarse que el interés directo se circunscriba a esta sola circunstancia de representar un interés meramente patrimonial y exclusivo, porque, repárese bien, en que al demandarse la nulidad se protege igualmente el interés general**". (Negrillas fuera del texto original)

Por lo demás, cuando mediante una acción popular se busca atacar un contrato estatal, estará legitimada cualquier persona (art. 12 ley 472), siempre y cuando con su instauración se pretenda proteger los derechos e intereses colectivos y, en este último evento, se encuentre plenamente demostrada dicha amenaza o vulneración al interior del proceso y hayan concurrido a él las partes contratantes, para garantizar así el derecho de defensa. Esa titularidad de la acción popular en toda persona está plenamente justificada, ya que esta última no pretende sustituir las acciones ordinarias, sino la defensa de un derecho o interés colectivo, como ya se expuso, dentro del marco de un conflicto en interés general.

Comoquiera que en el presente caso, la parte actora considera que el derecho colectivo a la moralidad administrativa ha sido vulnerado en conexión con el derecho a la salvaguarda del patrimonio público, la Sala hará una breve aproximación al tema, para más adelante entrar a estudiar la imputación con base en las pruebas que obran en el expediente.

4. Derechos colectivos invocados: Moralidad administrativa y defensa del patrimonio público

Pretender definir normativamente la moralidad administrativ

es un cometido complejo que bien podría incluso en esta materia lesionar el pluralismo consignado como una de las características distintivas de nuestro Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.). De allí que la moralidad administrativa prevista como derecho colectivo en el artículo 88 Superior en el literal b) del artículo 4 de Ley 472 de 1998, y en el artículo 209 C. P. como principio que debe inspirar la actividad de la administración, tiene una textura abierta que llama al juez en el caso concreto a configurarla, pero no de forma subjetiva, sino atendiendo a la finalidad legal que ha de orientar la acción u omisión de la autoridad pública o del particular que haya violado o amenace violar dicho derecho. Hace parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan "conceptos jurídicos indeterminado

" o "normas flexibles" que, como advierte García de Enterría,

"son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público

(...)

Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; (...) Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia

concreta.

(...)

La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende en seguida; allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación"

En tal virtud, la Sala ha entendido como contraria a la moralidad administrativa toda actuación no coherente con el interés de la colectividad y, en particular, con los fines que persiguen las facultades asignadas al funcionario que las ejerce. Con esta perspectiva, esta Corporación ha señalado unos parámetros orientadores del proceso de concreción de este concepto jurídico indeterminado al caso concreto por parte del juez de conocimiento:

"El derecho o interés colectivo a **la moralidad administrativa** no se encuentra definido en la Ley 472 de 1998, pues el legislador al desarrollar las acciones populares y de grupo, sólo reconoció su carácter de derecho colectivo (artículo 4º), en los antecedentes de esta ley al precisar como derecho colectivo 'la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos', se consignó la siguiente definición: 'Se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario' (Cfr. Gaceta del Congreso N° 277 de septiembre 5/95 Pág. 1).

Lo expuesto permite afirmar que, la **moralidad administrativa** entre otros, persigue el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente

.

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 otros

.

Con apoyo en ello, el patrimonio público ha sido definido jurisprudencialmente en los siguientes términos:

"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 concreto

.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sección:

"Esta Sala

, 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 Constituciona

, 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 compone

; 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; no obstante, la

anterior no constituye una regla absoluta."

Procede la Sala a estudiar el caso concreto puesto en su conocimiento. Así, en primer lugar se establecerán los hechos aquí alegados, en concordancia con el material probatorio aportado legalmente al proceso.

5. El caso concreto.

5.1 Hechos probados

A continuación se reseñan en orden cronológico los hechos probados más relevantes en relación con el contrato No. 038/99 celebrado entre el señor Amadeo Tamayo Morón y el Departamento del Cesar:

a. El 10 de febrero de 1999 se llevó a cabo una reunión de los gobernadores de la Costa Atlántica, con participación del Viceministro de Energía de la época y quienes al momento se desempeñaban como representantes de la Comisión Nacional de Regalías, de la Financiera Energética Nacional y del Programa PLANIEP de CORELCA, cuya acta reposa en el expediente. En dicha reunión se aprobó por unanimidad la participación, montos y porcentajes en la distribución de los recursos correspondientes a las inversiones del programa PLANIEP, y el valor allí reconocido al Departamento del Cesar por su contribución a través del PLANIEP en ELECTROCESAR S.A. E.S.P., fue de \$11.974'783.523.20 (copia auténtica fls. 426 a 428 c. 2; fls. 47 a 49 Anexo 3).

b. El 25 de marzo de 1999 el Dr. Tamayo Morón dirigió un escrito al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. en el cual presentó las siguientes reclamaciones:

1. 1) Registro de capitalización y expedición de títulos o certificado de acciones, a favor del Departamento del Cesar, en su condición de socio de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., por los siguientes aportes:
2. a) Cofinanciación para la ejecución de las obras del PLANIEP, la suma de \$11.974'783.523.
3. b) Obras realizadas con recursos propios del Departamento, para ensanche del sistema eléctrico por un valor de \$6.000'000.000.
4. c) Obras de electrificación ejecutadas con recursos del Fondo Nacional de Regalías.
5. d) Obras construidas con dineros girados por los Fondos de Cofinanciación y otras entidades del orden nacional.
6. e) Obras eléctricas ejecutadas con recursos derivados de estampillas pro-electrificación rural.
7. 2) El reembolso a la Tesorería del Departamento de los dineros recaudados de estampillas pro electrificación rural no invertidos por ELECTROCESAR S.A. E.S.P.
8. 3) La devolución a Tesorería de las estampillas que aún reposaban en la Electrificadora. (copia auténtica fls. 2 a 7 anexo 3.)

c. El **7 de abril de 1999** el Director General de Presupuesto del Departamento del Cesar expidió certificado de disponibilidad presupuestal-CDP No. 99-00146 en el cual se indica que en el presupuesto de rentas y gastos de esa vigencia fiscal existe disponibilidad en el rubro 2.1.1.02.01 en la cuenta 'honorarios personales' por valor de \$20.000.000,00 "para la realización de un contrato de asesoría, vigilancia, consultoría y gestión profesional en le (sic) proceso de privatización del sector eléctrico de la Costa Atlántica particularmente de Electrocesar S.A. E.S.P. en liquidación" (copia auténtica fl. 609 c. 2).

d. El día 8 de abril de 1999, el Gobernador del Departamento del Cesar de la época LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR y AMADEO TAMAYO MORÓN celebraron el contrato No. 038, el cual consta de XIX cláusulas y cuya copia expedida por la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos del Departamento del Cesar el día 30 de noviembre de 2001, reposa en el expediente (fls. 2 a 5 c. 1).

El objeto del contrato, nominado de ASESORÍA, CONSULTORÍA Y GESTIÓN, según su cláusula I consistía en:

"...realizar todas las actividades necesarias de asesoría y gestión profesional, así como los estudios jurídicos y técnicos, informes y similares que se requieran para obtener las indemnizaciones o compensaciones por el no cumplimiento del Gobierno Nacional, a lo dispuesto en los artículos 23 y 40 de las Leyes 226 de 1995 y 344 de 1996, respectivamente en el proceso de privatización del sector eléctrico en la Costa Atlántica y a realizar todas las acciones que haya lugar para el reconocimiento de los derechos del Departamento dentro del proceso liquidatorio de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. El desarrollo del objeto de este contrato realizará las siguientes labores: 1.1: revisión y evaluación de la documentación existente para sustentar las reclamaciones y configurar la existencia de los derechos. 1.2: hacer los trámites de agotamiento de la vía gubernativa. 1.3: apoderamiento, gestión y trámite de las gestiones judiciales encaminadas a obtener las indemnizaciones o compensaciones respectivas y la efectividad de los derechos constitucionales y legales que le correspondan al Ente Territorial. 1.4: como consecuencia de los anteriores, adelantar idénticas actividades y gestiones sobre derechos que se vayan generando y que puedan ser reivindicados a favor del Departamento del Cesar".

Así mismo, la cláusula III previó frente a los honorarios del contratista:

"...el valor de los honorarios a reconocer, se determinarán en un porcentaje del DIECISÉIS POR CIENTO (16%) del total de las acciones (valor nominal) que por gestión comprobada del CONTRATISTA, incremente el porcentaje del Departamento del Cesar. Así mismo también (sic) un porcentaje igual del 16% sobre el valor de los créditos o derechos que el CONTRATISTA haga reconocer a favor del Ente Contratante ya sea agotando las reclamaciones, peticiones y en general las acciones extrajudiciales y judiciales a que haya lugar. En ambos casos, se deberá probar por parte del CONTRATISTA el desarrollo de tales actividades o gestiones material y temporalmente entendido, es decir, que en todos los eventos el resultado sea posterior a la fecha del perfeccionamiento del presente contrato".(subrayas de la Sala)

En materia de garantía, en la cláusula XIII las partes convinieron lo siguiente:

"El CONTRATISTA se compromete a constituir a favor del Departamento una garantía única que cubra todas las obligaciones contractuales en los términos del numeral 19 del art. 25 de la Ley 80 de 1993 y los arts. 16 y 17 del Decreto 679 de 1994, la garantía deberá constituirse por un valor equivalente al 15% del monto total del contrato y deberá mantenerse en vigencia durante su término de duración. La garantía deberá ser aprobada por el Gobernador del Departamento en cumplimiento del art. 18 del Decreto 679 precitado".

Por fin, en cuanto al perfeccionamiento y ejecución del contrato No. 038 la cláusula XIX estableció:

"En cumplimiento del inciso 1º del art. 41 de la Ley 80 de 1993 este Contrato se entenderá perfeccionado con las firmas de las partes. **Su ejecución no podrá iniciarse hasta cuando se**

aprueben las garantías"(Negrillas de la Sala).

e. El día **9 de abril de 1999**, las partes contratantes celebraron "el contrato aclaratorio No. 01 del contrato de prestación de servicios profesionales No. 038 de 1999", mediante el cual se modificó la cláusula XIV del mismo, en el sentido de que el valor fiscal del contrato No. 038-99 sería de \$20'000.000, y no de \$10'000.000 como se había estipulado inicialmente. (copia auténtica fl. 6 c.1.).

En la copia auténtica del contrato original que reposa en el expediente, el valor fiscal del contrato se encontraba estipulado en la cláusula V en \$20'000.000. (fl. 3 c. 1)

f. El día 21 de mayo de 1999, fue elevada a escritura pública No. 841 el acta en la que quedó consignada la reunión de gobernadores de la Costa Atlántica celebrada el 10 de febrero de 1999 y en la cual le fueron reconocidos al Departamento de Cesar \$11.974'783.523.20. por su participación a través del PLANIEP en ELECTROCESAR S.A. E.S.P., ante la Notaría Segunda del Círculo de Valledupar, otorgada por el liquidador de la Electrificadora del Cesar S.A. E.S.P., en su calidad de representante legal de la misma (copia auténtica fls. 424 a 435 c.2; fls. 44 a 46 anexo 3)

g. El día 27 de mayo de 1999, el Departamento del Cesar efectuó a favor del contratista un anticipo por valor de \$10'000.000 por concepto de gastos de administración del contrato No. 038-99, de conformidad con lo dispuesto por la cláusula XIV (copia auténtica del comprobante de egresos fl. 627 c.p.).

h. El día 8 de junio de 1999, el liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., mediante Resolución No. 038 que determinó los bienes que hacen parte de la masa de liquidación, aceptó la reclamación hecha por Tamayo Morón el día 25 de marzo de 1999, en relación con las estampillas pro electrificación rural por un valor de \$130'173.522.82 y negó las demás reclamaciones. (copia auténtica fls. 18 a 25 anexo 3)

i. El día 28 de junio de 1999, el contratista presentó recurso de reposición contra la citada Resolución No. 038 (copia auténtica fls. 33 a 38 anexo 3).

j. El día 25 de agosto de 1999 el liquidador al resolver el recurso propuesto mediante Resolución No. 076 no accedió a lo pedido por el impugnante y por lo tanto confirmó en todas sus partes la Resolución No. 038 (copia auténtica fls. 39 a 43 anexo 3).

k. El día 17 de noviembre de 1999, mediante acto administrativo, cuya copia auténtica reposa en el expediente (fl. 645 c.2.), la Gobernación del Cesar aprobó la póliza de garantía No. 0210479659 (copia auténtica fls. 649 y 650 c.2.) expedida por la Compañía de Seguros La Previsora S.A. el mismo 17 de noviembre de 1999, y en la cual figura como tomador Tamayo Morón y como asegurado el Departamento del Cesar. El valor asegurado es de \$3'000.000 y su vigencia desde el 8 de abril de 1999 hasta el 08 de abril de 2000.

l. El 22 de diciembre de 1999 la jefe de Presupuesto, Mercedes Pérez Maestre, expidió el Registro Presupuestal No. 99-0015, por valor de \$20.000.000,00 con cargo al rubro 2.1.1.02.01 (imputación presupuestal) 'servicios personales', con código contable 031501010001 para descarga R CDP No. 99-00146,99- Amadeo Tamayo Morón (copia auténtica fl. 608 c. 2).

m. El 18 de abril de 2000, el contratista dirigió al Gobernador del Departamento del Cesar un oficio remitido vía fax en el que se lee:

"En desarrollo de la gestión que la Gobernación a su digno cargo me encomendara, de que trata el asunto de la referencia, me permito acompañar, con anexos correspondientes, la comunicación que Usted debe dirigir al señor Liquidador de la ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. E.S.P."

Aparece como referencia de este escrito:

"ASUNTO: RECUPERACIÓN DE ACTIVOS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR, EN LA LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. E.S.P.". (folio 661 c.2 copia auténtica del envío vía fax, cuyo reporte de transmisión tiene fecha y sello de recibido de la misma fecha)

n. El día 12 de abril de 2000 el Gobernador del Departamento del Cesar, suscribió una comunicación -recibida según sello, el 18 de abril de 2000- dirigida al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., en la cual solicita la contabilización en los activos de dicha Electrificadora, de los bienes que el Departamento del Cesar entregó a ELECTROCESAR, referentes a obras e inversiones del Departamento (diferentes al PLANIEP), con dineros provenientes del Fondo Nacional de Regalías, del Fondo DRI, de recursos propios y de recursos por estampillas pro electrificación rural, cuyos valores indexados se determinaron en un anexo adjunto a dicha comunicación, ascendiendo a \$11.841'963.870 (copia auténtica fls. 662 a 664 c. 2).

ñ. El día 13 de junio de 2000, las partes contratantes celebraron el contrato aclaratorio No. 02 del contrato de prestación de servicios profesionales No. 038 de 1999 por el cual se adicionó un párrafo a la cláusula tercera del mismo, del siguiente tenor:

"En todo caso el valor de los honorarios pactados no será acumulativo, SINO SIEMPRE Y EXCLUSIVAMENTE DE UN DIECISEIS POR CIENTO (16%), ya sea que como consecuencia de la gestión del Contratista, se reconozcan a favor del Departamento del Cesar, acciones (valor nominal), créditos o derechos, indemnizaciones o compensaciones". (copia auténtica fl. 7 c.p.),

ñ. El día 21 de julio de 2000, mediante Resolución No. 030 el liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., resuelve positivamente la solicitud hecha por el Gobernador del Departamento del Cesar, recibida el 18 de abril del mismo año y ordena la contabilización de un pasivo interno a favor del Departamento del Cesar, por un valor de \$11.841'963.870, el cual sería contabilizado en la cuenta de depósito para futuras suscripciones de acciones. (copia auténtica fls. 665 a 678 c.2)

o. El día **26 de septiembre de 2000** el contratista dirigió un escrito al Gobernador del Cesar, contentivo de un informe final acerca de las gestiones por él desempeñadas, con el fin de "proceder a la liquidación bilateral o consensual" del contrato administrativo No. 038-99 y al consecuente pago de honorarios en su favor los cuales fueron estimados por el contratista en \$3.832'260.085.54, correspondientes al 16% de \$23.951'625.534.63, suma que él consideró correspondía al total de dinero reconocido y reivindicado al Departamento del Cesar gracias a su gestión. (copia auténtica fls. 276 a 286 anexo 3)

p. El día 2 de octubre de 2000, las partes contratantes suscribieron el acta de liquidación del contrato No. 038-99, (copia auténtica fls. 8 a 10 c. 1), en la cual se estipularon los siguientes valores como rubros reivindicados por el contratista a favor del Departamento del Cesar:

DERECHOS REIVINDICADOS A FAVOR DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR.	VALOR REIVINDICADO.
Por reconocimiento, capitalización y aumento accionario por obras del programa Plan de Inversiones Prioritarias de la Costa Atlántica - PLANIEP.	\$11.974'783.523
Por concepto de estampillas Pro-Electrificación Rural.	\$134'878.141,63
Por otras inversiones eléctricas: Obras V/r Inicial Correc. Monet. V/r Total D.R.I. \$2.375'615.293 \$2.100'105.567 \$4.475'720.860 Pro Estampilla \$719'895.180 \$897'368.455 \$1.617'263.635 C.N.R. \$2.115'762.520 \$1.094'412.374 \$3.210'174.894 Rec. Propios \$1.783'016.939 \$755'787.542 \$2.538'804.481	\$11.841'963.870
VALOR TOTAL REIVINDICADO:	\$23.951'625.534,63

Cuadro No. 1.

Se consignó así mismo en el acta de liquidación que al contratista se le había hecho un pago anticipado por valor de \$10'000.000, por concepto de gastos de administración y ejecución del contrato, los cuales se descontarían del valor final a pagar por honorarios. Igualmente en dicha

acta, las partes acordaron una rebaja en los honorarios a pagar al contratista del 16% al 10% del valor total reivindicado a favor del Departamento del Cesar, dineros que serían incluidos en el presupuesto departamental con vigencia fiscal del año 2001, como un presupuesto adicional, siendo el total por cancelar el siguiente:

Valor total reivindicado a favor del Departamento del Cesar:	\$23.951'625.534,63
10% por pagar a favor del contratista:	\$2.395'162.553
Valor pago anticipado:	\$10'000.000
Valor final a favor del contratista:	\$2.385'162.553

Cuadro No. 2.

q. El día 20 de febrero de 2002 el Gobernador del Departamento del Cesar, expidió la Resolución No. 000410 mediante la cual resolvió:

"**ARTICULO PRIMERO:** Dar cumplimiento estricto a lo ordenado por el señor Procurador General de la Nación, mediante comunicación anteriormente citada (comunicación No. 1374 del 9 de octubre de 2001) y por tanto **SUSPENDER DE MANERA INMEDIATA E INDEFINIDA**, el trámite de pago de los honorarios pactados y conciliados en el Acta de liquidación bilateral, de fecha 2 de octubre de 2000, suscrita entre el Gobernador de la época y el Doctor AMADEO TAMAYO MORON, en relación con el contrato No. 038 de 1999" (copia auténtica fls. 305 y 306 c.2).

Del análisis de los hechos que estructuran este proceso a la luz de las pruebas obrantes en el expediente, se harán las siguientes consideraciones en función de los problemas jurídicos planteados a lo largo de este proceso.

Pasa la Sala a estudiar la regulación legal del perfeccionamiento del contrato estatal, en razón a su incidencia directa en el caso puesto a su estudio.

5.2 Perfeccionamiento del contrato estatal

Según el actor popular las acciones emprendidas por el Dr. Amadeo Tamayo Morón fueron efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor del contrato No. 038 de 1999, esto es -a su juicio- antes del 17 de noviembre de 1999 (fls. 12 a 16 c. 1). En la reforma a la demanda se agregó que si los contratos estatales son solemnes, mientras no se formalicen en un documento no existen, "de tal manera que las diligencias cumplidas con anterioridad a la celebración del mismo, no son contractuales, no tienen su fuente en el contrato sino fuera de él, y no pueden ser esgrimidas para justificar pagos con fundamento en el negocio" (fls. 206 a 209 c. 1).

Por su parte, el demandado estima que si bien la aprobación de la póliza fue hecha el 17 de noviembre de 1999, ésta amparaba con efecto retroactivo los riesgos comprendidos desde el 8 de abril de 1999 hasta el 8 de abril de 2000; luego, las gestiones realizadas con anterioridad a la aprobación quedaron amparadas por ella. Además, esta omisión no genera inexistencia ni nulidad absoluta del contrato, toda vez que en virtud del artículo 41 de la ley 80 de 1993 el contrato

estatal se perfecciona con el acuerdo sobre el objeto y éste se eleva a escrito. A lo sumo generaría una nulidad relativa, la cual fue saneada con la aprobación de la póliza.

El régimen jurídico aplicable a la contratación estatal es claro en distinguir el perfeccionamiento de la ejecución del contrato estatal, al señalar inequívocamente que aquel tiene lugar una vez se obtiene el registro presupuestal previa formalización por escrito del acuerdo de las partes en torno al objeto contractual, mientras que la ejecución legal sólo tiene lugar hasta tanto se hayan aprobado las garantías.

Debe recordarse que conforme lo dispone el numeral 3° del artículo 25 de la ley 80, en virtud del principio de economía, las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

Con esta perspectiva, el artículo 39 de la ley 80, al ocuparse de la form

del contrato estatal, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales "constarán por escrito" (contrato litteri

: Ex nudo pacto actio non nascitur, nuda pactio obligationem non pari'

del derecho romano, regla diametralmente opuesta a la del derecho civil modern

). La forma como se materializa el vínculo jurídico es pues escrita, sólo que las formalidades plenas están determinadas en función de la cuantía (par. Art. 39 ley 80 y art. 25 decreto 679 de 1994

. Coherente y armónico con este precepto, el artículo 41 de la ley 80 de 1993 revistió a la forma escrita de un valor ad solemnitatem o ad substantiam actus o ad esentiam (forma dat esse rei

, al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad:

Artículo 41.- Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. (subrayas de la Sala)

Consultados los antecedentes históricos de estas normas se lee en la exposición de motivos al proyecto de ley 149 de 1992, Senado:

"Si bien tratándose de los contratos la consensualidad de los mismos es la regla general, a veces se requiere en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades establecidas por la ley, cuyo incumplimiento conduce a la ineficacia. En este caso se estará en presencia de un contrato 'solemne'. A diferencia del decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que le traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. El artículo 35 del proyecto básicamente está fundamentado en dos hechos. El uno, nacido del principio de publicidad que regula toda actividad administrativa, el cual exige

por lo menos la formalidad escrita; y el otro, producto de la práctica inveterada de elevar a escrito todo contrato en razón a la seguridad que ello produce. El propio estatuto prevé situaciones excepcionales en que el requisito del escrito no se exigirá, como es el caso de los contratos de urgencia.

(subrayas no originales)

Con esta perspectiva, la Sala puso de relieve la importancia del riguroso cumplimiento de esa exigencia escrita que el legislador ha previsto de modo general para todo contrato estatal"

Sin embargo, tal y como ya lo advirtió la Sala en oportunidad precedent

, el artículo 41 de la ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación, al ordenar:

"Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previstos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberán indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

(...)

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones" (subraya la Sala)

La Sala reitera el criterio expresado sobre el alcance de esta disposición orgánica:

"Si bien, la norma antes transcrita hace alusión al perfeccionamiento de "actos administrativos", la misma ha de entenderse hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna, interpretación que ve coadyuvada por lo dispuesto en el artículo 2º del decreto-ley 111 de 1996 de la misma ley 179 de 1994, que establece:

"Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, **serán las únicas que podrán regular** la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y **ejecución del Presupuesto**, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. **En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados y los que se dicten no tendrán ningún efecto.**" (resalta la Sala).

En consecuencia, a términos de las normas antes transcritas, se deduce, que el perfeccionamiento

de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones (negrillas originales)

A lo expuesto en esa oportunidad, conviene agregar que esta norma está en perfecta consonancia con el artículo 32 de la ley 80 de 1993 que define a los contratos como los "actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales"(se destaca),adoptándose de esta suerte la terminología jurídica de tiempo atrás utilizada por el derecho privado que asimila el acto y el negocio jurídico (Carbonnier

. En otras palabras, cuando el precepto citado alude a 'actos administrativos', involucra a los actos jurídicos que celebre la Administración de que trata la ley 80. Esa misma conclusión parece desprenderse de la historia del establecimiento de dicha norma (voluntas legis), toda vez que en la ponencia para segundo debate en la plenaria de la Cámara de Representantes al proyecto de ley No. 48 de 1993, por la cual se modifica la ley 38 de 1989, orgánica de presupuesto (hoy ley 179 de 1994), se alude a los 'compromisos' de las entidades estatales, expresión que inequívocamente involucra los contratos estatales:

"Con el fin de garantizar el prudente manejo de los recursos públicos, se exige que los compromisos de los órganos cuenten con los certificados de disponibilidad y se efectúen los registros presupuestales correspondientes

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 151 Constitucional, en consonancia con el artículo 352 Superior, el Congreso expide las leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa y entre estos tipos normativos incluye a las relativas a la preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y apropiaciones. Se trata, entonces no sólo de una norma posterior

que prevalece sobre la anterior (art. 2 de la ley 153 de 188

) y de un precepto especial en materia presupuestal (art. 3 de la ley 153 de 188

), sino también de una disposición que, con arreglo al artículo 352 Constitucional, se ocupa de regular privativamente "lo correspondiente a la programación, apropiación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo", de suerte que en este punto el propio constituyente estableció lo que bien podría denominarse una "reserva de ley orgánica", o lo que es igual, el estatuto de contratación estatal debe subordinarse -por imperativo mandato constitucional- al régimen presupuestal

Ahora, si bien la aplicación de artículo 71 del decreto 111 de 1996 puede resultar más fácil frente a obligaciones contractuales que por su monto y naturaleza tienen un valor determinado y son exigibles en el corto plazo, la regla allí contenida se predica sin excepción respecto de todo tipo de contrato, incluso de aquellos en los que su valor podría en principio resultar indeterminado al momento de su suscripción (vgr. Cuota litis) dada la naturaleza de la obligación adquirida, toda vez que las partes en estos eventos tendrían la carga adicional de estimar el valor de la cuantía en orden a cumplir con dicho precepto.

Por lo demás, en concordancia con lo dispuesto en la ley orgánica de presupuesto, el artículo 20 del Decreto Reglamentario 568 de 1996 dice que el registro presupuestal es la operación

mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. A su vez, la Resolución No. 036 de 1998, por la cual se determinan algunas normas y procedimientos sobre registros presupuestales, suministro de información y su sistematización del Presupuesto General de la Nación, reitera la obligatoriedad del registro presupuestal al prever:

"Obligatoriedad. De conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás normas reglamentarias no se podrán atender compromisos con cargo al presupuesto que no cuenten previamente con el registro presupuestal correspondiente en el que se indique claramente el valor y plazo de las prestaciones a que haya lugar"

Conviene señalar que este ha sido también, de tiempo atrás, el criterio expuesto por la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que por vía de doctrina (art. 26 del Código Civil) ha reiterado en varios conceptos (art. 25 C.C.A.):

"Teniendo en cuenta que la principal y originaria fuente de perfeccionamiento de las relaciones contractuales, privadas o públicas, es el acuerdo de voluntades, frente a estas últimas deberá primero firmarse el documento escrito por las partes, en señal de prueba y manifestación que la confluencia de voluntades ha coincidido sobre elementos fundamentales, entre otros: su objeto, las contraprestaciones y demás estipulaciones contractuales.

Una vez logrado éste, debe procederse a efectuar el registro presupuestal, el cual, por demás, no depende de la voluntad de las partes, sino que se materializa en un pronunciamiento unilateral de la entidad contratante, de tal manera que el contrato queda perfeccionado, y nace a la vida jurídica.

Igualmente, es preciso subrayar que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 distingue entre perfeccionamiento y ejecución, de modo que por virtud de este mandato legal si un contrato no está perfeccionado no es ejecutable.

Por ministerio de la ley, entonces, en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (art. 1500 del Código Civil)

) y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto; la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta, entonces, el simple acuerdo de voluntades sino que es preciso que la expresión del consentimiento se haga a través de ese canal previsto por la ley: debe constar por escrito y debe contar con el respectivo registro presupuestal y la inobservancia de esas solemnidades especiales "impide el nacimiento de cualquier efecto contractua

", y por lo mismo carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho

Sobre la naturaleza del contrato solemne nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que si la voluntad no se expresa en la forma requerida como obligatoria por el ordenamiento, el acto será jurídicamente inexistente:

"Es principio indiscutible que los contratos solemnes no tienen existencia jurídica, no pueden producir efectos legales, sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su

perfección; ni la voluntad de las partes contratantes, ni sentencia alguna pueden derogar, para un caso particular, tan fundamental principio, dando efecto retroactivo a un contrato solemne, para hacerle producir efectos desde una época anterior al cumplimiento de la formalidad que le ha dado la vida jurídica"

(subrayas de la Sala)

La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico que no se avenga a este cauce legal, al exigir que las partes han de elevarlo a escrito y contar con el registro presupuestal. En otras palabras, el contrato únicamente existe, una vez se satisface el requerimiento de la forma documental y su registro presupuestal, que de no cumplirse priva de efectos jurídicos al acuerdo de voluntades y, por lo mismo, no puede entrar a ejecutarse. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta exigencia legal de estipulación escrita se inscribe en la tendencia universal del derecho administrativo (especialmente en Argentina, Uruguay

""

y Españ

) aunque cada legislación le imprime distintos alcances jurídicos a esa forma. No es, pues, insólito que la ley 80 señale que el cumplimiento de la forma escrita es ineludible, por lo que su respeto es una carga contractua

. A juicio de la doctrina nacional:

"Existen dos razones de interés público que determinan la necesidad que el legislador imponga esta ritualidad para la celebración del negocio jurídico: en primer término, la transparencia de la gestión contractual administrativa exige que todas las actuaciones de las autoridades sean públicas (L. 80/93, art. 24.3), lo que sólo se puede garantizar si los acuerdos de voluntades se otorgan por escrito, porque en caso contrario, se tornaría dispendioso y complejo para los ciudadanos y los órganos de control del Estado conocer y determinar las condiciones pactadas por la Administración y el contratista para la ejecución del contrato. En segundo lugar, la necesidad de orden práctico de imprimirle claridad y precisión al objeto del contrato, recomienda a las partes manifestar expresa e inequívocamente su voluntad por escrito, para prevenir posibles discrepancias en torno al contenido y alcances del convenio. De esta manera, la forma documental cumple una función de gran importancia jurídica, al permitirle a las partes la prueba del contrato"

Si los contratos estatales son solemnes, a términos de los artículos 39 y 41 de la ley 80 y 49 de la ley 179 de 1994 (art. 71 del Decreto ley 111 de 1996), ha de estarse a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 998 del Código de Comercio -aplicable a los negocios jurídicos estatales por expresa remisión del inciso primero de los artículos 13 y 40 de la ley 8

y del artículo 8 del decreto 679 de 199

-conforme al cual: "Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación del acto o contrato

. La ausencia de estas precisas exigencias legislativas en la contratación estatal ocasiona la

inexistencia del negocio jurídico

, pues esa es la manera como el legislador ha previsto para manifestar válidamente el consentimiento (forma dat esse rei)"" Por lo demás, la ratificación expresa posterior que permite la ley (inc. 1 art. 898 C.Co.) dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfecciona el acto inexistente tan sólo en la fecha de tal ratificación y no constituye una habilitación para normalizar o subsanar lo que comúnmente se denominan "hechos cumplidos", mediante el acta de liquidación, al tratarse de supuestos surgidos por fuera del marco del contrato, o lo que es igual, extracontractuales.

No puede pretenderse, entonces, "legalizar" la ejecución de unas prestaciones con el ulterior perfeccionamiento del contrato y, además, pretender el reconocimiento de sumas de dinero en el acta de liquidación. En efecto, ha dicho la Sala:

"Mal haría la Sala pasar por alto la gravedad de las siguientes anomalías que denuncian los documentos presentados por la parte actora y aceptados por el representante del municipio al momento de suscribir la conciliación.

Naturalmente, los contratos se suscriben para que en el futuro inmediato las partes asuman el cumplimiento de las mutuas prestaciones. Eso llámase ejecución del contrato, que obviamente debe iniciarse luego o después de que éste haya nacido a la vida jurídica, fenómeno que de ordinario se logra mediante la firma del documento contractual.

Así, el artículo 41 de la ley 80 alude al perfeccionamiento del contrato una vez se logre 'el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se lleve a escrito'

Para la ejecución del contrato esa norma exige la aprobación de las garantías, lo cual sólo es factible realizar, obviamente, una vez el contrato esté perfeccionado, es decir suscrito. Síguese entonces que no es jurídicamente posible, o es por lo menos una enorme- sino torpeza- irregularidad suscribir un contrato cuando ya el objeto contractual se ejecutó, es decir cuando ya el servicio se consumió, como sería para el caso sub examine. Y lamentablemente así sucede en el sub júdice para los contratos que sí tienen fecha. El visible al fl. 94, alude a un objeto contractual a prestarse durante todo el mes de agosto de 1995, sin embargo se suscribió el 6 de septiembre de ese año. El contrato visible al fl. 109 se refiere a unos servicios de publicidad a prestarse durante el mes de septiembre de 1995 pero se suscribió el 10 de octubre de 1995, y otro tanto sucede con el contrato que figura en el folio 126.

Esos contratos fueron celebrados luego de ejecutados. En este hecho puede existir falta disciplinaria que amerite sancionarse o delito que deba investigarse. La Sala ordenará que los organismos competentes asuman con diligencia una investigación sobre este aspecto.

(subrayas no originales)

Sobre la sujeción del contrato estatal al principio de legalidad la Sala de tiempo atrás ha sentado que:

"...Si bien en desarrollo de su accionar, las entidades estatales gozan de autonomía para celebrar los contratos que resulten necesarios y convenientes para el desarrollo de sus funciones, como instrumento para el cumplimiento de sus fines institucionales en particular y, sobre todo, para la realización de los cometidos estatales en general, dichos negocios jurídicos **deben estar siempre ajustados al ordenamiento jurídico preestablecido, por cuanto en el sistema del Estado de**

Derecho, toda la actividad del Estado está sujeta a los precisos márgenes de autorización y regulación fijados por el constituyente y el legislador, sin que la actividad contractual de las entidades estatales constituya, en modo alguno, una excepción.

(destacado y subrayas de la Sección)

Por manera que el contrato estatal no nace a la vida jurídica, sino cuando se expide el registro presupuestal respectivo una vez se ha formalizado en documento escrito.

5.3 Liquidación del contrato

Según el actor popular "los servicios profesionales prestados sin contrato de mandato no pueden incluirse dentro de la liquidación de éste. La liquidación que se hace del contrato en este caso, no puede servir para encubrir la solución de una irregularidad: la circunstancia que Tamayo se apresurara (sic) a gestionar antes de suscribir el correspondiente contrato....La pregunta es: Si algo se debía por una gestión útil al Departamento, ¿por qué no acudir a una transacción?, ¿por qué no acudir a una conciliación prejudicial? ¿por qué no acudir a un proceso de responsabilidad extracontractual?". De modo que, a su juicio, si todas las actuaciones surtidas antes se hicieron con desconocimiento de la ley, no pueden invocarse como ejecución del contrato y "mal podrían incluirse en el proceso de liquidación bilateral" (fl. 707 a 722 c. 2).

La liquidación de común acuerdo es regulada por el artículo 60 de la ley 8

y al aludir a su contenido, de su lectura se infiere que ese 'corte de cuentas' debe versar exclusivamente sobre las actividades desarrolladas dentro del marco del contrato. En efecto, en la exposición de motivos al proyecto -que a la sazón se convertiría en la ley 80- se anotó:

"La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución.

Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la terminación del contrato.

En cuanto hace a su naturaleza jurídica, la jurisprudencia pregona:

"La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas (...).

La liquidación final del contrato **tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel;** que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento

(Negrillas propias.)

Por su parte, ya en vigencia de la ley 80, la doctrina esgrime que:

"La liquidación de los contratos, en general, tiene por fin determinar por qué conceptos y en qué cuantías se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar

(...)

Conviene señalar que la liquidación no puede versar sino sobre las cuentas directamente relacionadas con el contrato que se liquida. Es, pues, al contrato materia de liquidación, al que deben referirse única y exclusivamente, los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar; y es sólo con respecto a pretendidos derechos relativos al contrato que se liquida que pueden transigirse o conciliarse

.

De suerte que únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales.

Dicho en otros términos, si entre una entidad estatal y un particular surgen relaciones sinalagmáticas sin que hayan sido elevadas a escrito ni obtenido el registro presupuestal respectivo, no se está delante de una relación contractual, porque no existe contrat

y por lo mismo el acta de liquidación no será el documento idóneo para involucrar obligaciones que no tengan por fuente el contrato.

Así lo puso de relieve la Sala, al señalar respecto del contenido de la liquidación unilateral, que los asuntos ajenos al contrato no pueden ser objeto de inclusión en el acta de liquidación al ser claramente extracontractuales:

"en el recurso mencionado se hizo referencia a la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad contratante, en virtud de la realización por el contratista de obras distintas de las estipuladas en el contrato, que no fueron incluidas al efectuarse su liquidación unilateral, y en segundo lugar, que el Invías negó la reposición solicitada, teniendo en cuenta, precisamente, que se trataba de obras que no formaban parte del objeto contractual y que no fueron nunca autorizadas por la Administración.

Se trata, entonces, sin duda alguna, de la respuesta a una petición formulada con un fundamento distinto al contrato celebrado, que, por la misma razón, no constituía un elemento de discusión propio de la liquidación unilateral del mismo, efectuada en este caso por medio de la Resolución 005766 de 2001. En efecto, el planteamiento de aquélla en el recurso interpuesto es el único argumento que justifica su análisis por parte de la Administración en la Resolución 000852 de 2002, por la cual se confirmó dicha liquidación, y su ajenidad respecto del contrato explica que no se hubiera hecho ninguna referencia a la situación aludida en la Resolución 005756, ya citada.

(...)En efecto, el debate sobre el derecho del contratista a recibir el pago por concepto de las obras realizadas que no formaban parte del objeto del contrato, si bien está contenido materialmente en la Resolución 000852 de 2002, es claramente extracontractual y, por la misma razón, la decisión que sobre el mismo se adoptó no podría ser considerada, de ninguna manera,

objeto de la facultad exorbitante de liquidación unilateral del contrato ejercida por la Administración

. (subrayas fuera de texto original)

Por lo demás, no debe perderse de vista que, por virtud del principio de responsabilidad, las actuaciones de los servidores públicos en la gestión contractual estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia (numeral 4º del artículo 26 de la ley 80 de 1993).

No se olvide que, de conformidad con el artículo 38 de la ley 153 de 1887, aplicable por remisión expresa del artículo 13 de la ley 80 de 199

, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. O lo que es igual, además de las estipulaciones que las partes pudieron haber acordado en el contrato estatal, se debe cumplir con las exigencias que establecidas para su perfeccionamiento por las normas orgánicas del presupuesto y la ley 80, preceptos que -huelga decirlo- hacen parte del derecho público de la Nación y que no pueden ser desconocidos por las partes en desarrollo de la autonomía contractual.

5.4 Contenido del acta de liquidación bilateral.-

En el caso sub lite, al tenor de lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 80 de 1993, modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, el contrato estatal celebrado -al ser solemne- requería para su perfeccionamiento una vez se elevara a escrito el acuerdo sobre el objeto y la prestación, lo cual tuvo lugar el 8 de abril de 1999 (fls. 2 a 5 c. 1), obtener el respectivo 'registro presupuestal', a términos de las normas orgánicas presupuestales, lo cual tuvo lugar el 22 de diciembre de 1999 (fl. 608 c. 2).

Por manera que, las actividades que el contratista alega haber desarrollado y que supuestamente tuvieron lugar antes del 22 de diciembre de 1999, fecha en la cual se perfeccionó el contrato con la expedición del respectivo registro presupuestal, no podían tenerse en cuenta como parte de la ejecución válida del contrato administrativo No. 038-99 y, por lo tanto tampoco podían haber sido reconocidas en el acta de liquidación bilateral del mismo, suscrita por las partes el 2 de octubre de 2000 (copia auténtica fls. 8 a 10 c. 1.)

Ahora, con base en las pruebas obrantes en el expediente, la Sala observa que las siguientes actuaciones que el demandado aduce haber desplegado tuvieron lugar antes del perfeccionamiento del contrato, esto es, con anterioridad al 22 de diciembre de 1999 cuando se expidió el registro presupuestal No.99-0015:

a. El día 25 de marzo de 1999, Tamayo Morón dirigió un escrito al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. en el cual presentó las siguientes reclamaciones:

1. Registro de capitalización y expedición de títulos o certificado de acciones, a favor del Departamento del Cesar, en su condición de socio de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., por los siguientes aportes:

a)Cofinanciación para la ejecución de las obras del PLANIEP, la suma de \$11.974'783.523.

b) Obras realizadas con recursos propios del Departamento, para ensanche del sistema eléctrico por un valor de \$6.000'000.000.

c) Obras de electrificación ejecutadas con recursos del Fondo Nacional de Regalías.

d) Obras construidas con dineros girados por los Fondos de Cofinanciación y otras entidades del orden nacional.

e) Obras eléctricas ejecutadas con recursos derivados de estampillas pro-electrificación rural.

2. El reembolso a la Tesorería del Departamento de los dineros recaudados de estampillas pro electrificación rural no invertidos por ELECTROCESAR S.A. E.S.P.

3. La devolución a Tesorería de las estampillas que aún reposaban en la Electrificadora. (copia auténtica fls. 2 a 7 anexo 3.)

b. El liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., el 8 de junio de 1999, mediante la Resolución No. 038(fl. 18 a 25 anexo 3), negó tal reclamación, ante lo cual el contratista presentó un recurso de reposición el 28 de junio de 1999, (copia auténtica fls. 33 a 38 anexo 3). Tal recurso fue resuelto confirmando el acto recurrido mediante Resolución No. 076 de 25 de agosto de 1999 (fls. 39 a 43 anexo 3), de suerte que el liquidador no accedió a lo pedido por el impugnante y por lo tanto confirmó en todas sus partes la Resolución No. 038.

Está probado que estas actuaciones se llevaron a cabo antes del perfeccionamiento del contrato No. 038-99 y que la última -por lo demás- lo fue sin resultado satisfactorio.

No pasa por alto la Sala que estas sumas, además, en principio ya habían sido reconocidas a favor del Departamento del Cesar en el Acta de la reunión de Gobernadores de la Costa Atlántica llevada a cabo el 10 de febrero de 1999 (copia auténtica fls. 426 a 428 c. 2; fls. 47 a 49 Anexo 3), el cual se encuentra suscrito por las máximas autoridades del sector eléctrico, lo mismo que por los gobernadores respectivos.

En cuanto refiere al segundo rubro también fue reclamado al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., en el mismo escrito de 25 de marzo de 1999 (fls. 2 a 7 anexo 3), esto es, antes del perfeccionamiento del contrato No. 038 de 1999. Dicho monto pecuniario sí fue reconocido al Departamento del Cesar en la Resolución No. 038 de junio 8 de 1999, pero tal resolución se profirió antes del perfeccionamiento del contrato, y como respuesta a una actuación anterior al perfeccionamiento del contrato No. 038-99, por lo tanto, tampoco podía ser incluido en el acta de liquidación bilateral de tal contrato administrativo y no podía ser objeto de remuneración al contratista por concepto de ejecución de su objeto contractual.

En este punto se observa además una inconsistencia numérica, pues en el acta de liquidación bilateral del contrato en cuestión, se esgrime la Resolución No. 038 de 1999 como la fuente del reconocimiento de este primer rubro por la suma de \$134'878.141.63, y en dicha Resolución, el valor realmente consignado por dicho concepto es de \$130'173.522.63, es decir, \$4'704.619 menos de lo que en dicha acta de liquidación bilateral está plasmado.

Le asiste, pues, razón al actor popular al señalar que cuando en la contestación a la reforma a la demanda se afirma que las gestiones cumplidas antes del perfeccionamiento se entienden incorporadas al contrato, se está desconociendo que las normas que determinan la solemnidad del contrato estatal son de orden público y por tanto no pasibles de ser modificadas por acuerdo.

Por último, es menester señalar que no puede admitirse el criterio del demandado en cuanto que una vez liquidado un contrato no hay lugar a iniciar ningún tipo de acción, pues semejante teoría

implicaría nada menos que la derogatoria por acuerdo bilateral de las atribuciones legales y constitucionales de los jueces de la República, al tiempo que cercenaría el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P. y arts. 1 a 9 LEAJ), lo mismo que el derecho a la igualdad ante la ley (art. 13 C.P.)

En cuanto hace al pago anticipado por la suma de \$10'000.000 que el Departamento del Cesar le hizo al contratista el día 27 de mayo de 1999, es decir, antes del perfeccionamiento del contrato, por lo tanto, si la garantía no había sido otorgada por el contratista, no podía el ente contratante, hacer un desembolso a manera de pago anticipado el cual quedaría totalmente desamparado en cuanto a su manejo e inversión. Entonces, tal egreso de \$10'000.000 del patrimonio del Departamento del Cesar, sin duda alguna constituye una irregularidad, por cuanto no le estaba permitido a la Administración llevar a cabo dicha erogación.

Pasa la Sala a determinar si las conductas descritas configuran vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

5.5. Vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

Las pretensiones de la parte actora -Ministerio Público- van encaminadas a que se rescinda el contrato No. 038-99 y consecuentemente se deje sin efectos el acta de liquidación del mismo. La Sala advierte que la rescisión, cuando se produce como resultado de la nulidad relativa de un contrato, no puede ser solicitada por el Ministerio Público toda vez que sólo facultado legalmente para incoar la nulidad absoluta de los contratos administrativos al tenor de lo dispuesto por el artículo 45 de la ley 80 de 1993.

En este caso, el juez de esta acción popular a quien le corresponde examinar el contrato en cuestión, a la luz del régimen jurídico aplicable y el acervo probatorio obrante en el expediente, para establecer si se presenta de manera evidente una nulidad de carácter absoluto que invalide el contrato y que sea en consecuencia declarada oficiosamente, siempre y cuando la misma comporte vulneración a un derecho colectivo y el asunto no haya sido sometido a estudio de la jurisdicción competente.

En el caso sub-judice ya cursa un proceso ante la jurisdicción contenciosa, tal y como lo acredita la certificación remitida por la Secretaría del Tribunal Administrativo del Cesar a este proceso el 1 de julio de 2005, con ocasión de una prueba ordenada por la Sala el 26 de mayo de 2005, en donde se lee:

"En atención a la solicitud de su oficio No. 8221 fechado junio 22 de 2005, de manera atenta me permito remitir copia de archivo, de la demanda de nulidad interpuesta por la Procuraduría General de la Nación, contra el contrato No. 038 de 1999 suscrito por el entonces Gobernador del Cesar, Sr. Lucas Segundo Gnecco Cerchar y Amadeo Tamayo Morón

(...)

El expediente fue enviado para fallo, a la Sala de Descongestión de San Gil (Santander), y hasta la fecha no ha regresado con pronunciamiento de fondo" (fl. 944 c. ppal.)

Las pretensiones consignadas en esa demanda, según aparece en la copia de la misma remitida por ese Tribunal el 1 de julio de 2005 en cumplimiento de la prueba decretada por la Sala, son las siguientes:

"Primera. Se declare la nulidad absoluta del contrato No.038 de 1999, celebrado el 8 de abril de 1999 entre el Departamento del Cesar y el Dr. Amadeo Tamayo Morón y de los contratos aclaratorios Nos. 01 y 02.

Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, en caso de que, en desarrollo del referido contrato, se hubieren efectuado pagos a favor del contratista, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, pido que se efectúe la correspondiente restitución.

Tercera. Se declare la nulidad del acto contractual de liquidación bilateral del contrato No. 038-99, de fecha 2 de octubre de 2000.

Primera subsidiaria. En caso que no prosperasen las pretensiones primera y segunda, se declare la nulidad parcial del contrato No. 038-99, específicamente de la cláusula tercera, y de sus contratos aclaratorios No. 01 y 02 llevados a efecto el 9 de abril y el 13 de junio de 2000, por medio de la cual se determinó el valor de los honorarios a reconocer.

Segunda subsidiaria. Como consecuencia de la nulidad parcial anterior, pido que se determine judicialmente, de conformidad con las normas legales vigentes que regulan la actividad del ejercicio profesional y con las disposiciones referentes a los precios de referencia de la Contraloría General de la República, el valor de los honorarios que el contratista debe recibir por la gestión realmente desempeñada, que se acreditará en autos." (fls. 946 a 947 c. ppal.)

En el capítulo 'Fundamentos de Derecho' de la demanda la sala encuentra que los cargos que se presentaron en el juicio contractual son los siguientes:

"Primer cargo. Haber incurrido en la causal consagrada en el numeral segundo del artículo 44 de la ley 80 de 1993, en cuanto que no se llevó a cabo el procedimiento de selección del contratista, previsto por el Estatuto Contractual del Estado, vulnerándose con ello, de contera, el principio de transparencia y el deber de selección objetiva.

(...)

Segundo cargo. Haber desconocido el contrato No. 038-99 celebrado entre el Departamento del Cesar y el doctor Amadeo Tamayo Morón los artículos 13 y 32 numeral 3º de la ley 80 de 1993, artículo 1502 del Código Civil, y demás normas concordantes y complementarias, en tanto y en cuanto que dicho negocio jurídico posee un objeto ilícito, por contrariar disposiciones legales imperativas de orden público.

(...)

Tercer Cargo. Haber sido celebrado dicho contrato contra expresa prohibición constitucional o legal (art. 44 num. 2 ley 80 de 1993)

(...)

Cuarto cargo. Haber desconocido el contrato No. 038-99 el numeral cuarto del artículo 1502 del Código Civil, por estar dotado de una causa ilícita.

(...)

Quinto cargo. Específicamente dirigido en contra del acta de liquidación del contrato:

(...)

1. Tipificación de la causal de nulidad del acto por falsa motivación y por carencia de causa.

(...)

2. Tipificación de la causal de nulidad del acto por falsa motivación y por carencia de objeto de la obligación a cargo del Departamento o del derecho correlativo a favor del contratista.

(...)

Sexto Cargo. Específicamente referido como soporte de las pretensiones subsidiarias. (...) (fls. 952 a 972 c. ppal)

Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia sentada por la Sala

, se evaluará si se encuentra acreditada la vulneración de un derecho colectivo para, en caso afirmativo, tomar las medidas necesarias para su efectiva tutela, sin entrar a revisar la legalidad del mismo.

La inclusión en dicha acta de actividades desplegadas antes del perfeccionamiento del contrato, como base de la liquidación de los honorarios del contratista, constituye prueba indiciaria de la configuración en este caso de DESVIACIÓN DE PODE

, pues esta acta de liquidación se aparta del fin a ella señalado en la ley 80 al liquidar partidas económicas que no se generaron como consecuencia del desarrollo del objeto contractual, ya que varias de ellas se reconocieron como consecuencia de actuaciones previas al perfeccionamiento del contrato en estudio, de modo que en este evento el funcionario público hizo uso de sus poderes con un fin distint

de aquel para el cual han sido conferido'.

Con la inclusión de estas actividades en un documento llamado por la ley sólo a versar sobre asuntos propios del contrato, la Sala encuentra una flagrante amenaza para la moralidad administrativa y el patrimonio público del Departamento del Cesar, en la medida en que dicho patrimonio no fue manejado de acuerdo con la legislación vigente y con la debida diligencia y cuidado, que se advierte indiciariamente con la inclusión de conceptos que no podían ser incorporados en el acta de liquidación en tanto se trata de actividades anteriores al perfeccionamiento del contrato, actuación que desconoce palmariamente los fines que busca la ley 80 respecto del acto de liquidación, al buscar favorecer los intereses pecuniarios del particular.

Como quiera que con la protección de estos derechos colectivos pretende que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable y que la actuación de la administración se despliegue sin desviación de poder, es a través de esta acción popular que deben tomarse las medidas adecuadas para garantizar dicha protección, medidas orientadas a que cese el peligro y la amenaza sobre los derechos colectivos invocados.

Aparece, entonces claramente la vulneración del mandato constitucional contenido en el art. 209, conforme al cual la función pública está al servicio de los intereses generales y que debe ser ejercida con sujeción al **principio de moralidad** acorde con los fines del estado. Precepto constitucional desarrollado por el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, que señala como principios de la función administrativa "los principios constitucionales, en particular los atinentes a

...moralidad, ...responsabilidad y transparencia", lo mismo que por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece que "las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa". De modo que, el marco constitucional y legal prohíbe ejercer la función administrativa -dentro de la cual se encuentra la contratación estatal- con violación de dichos principios erigidos como orientadores de la gestión pública.

En tal virtud, la Sala se limitará a adoptar la medida de suspensión del acta de liquidación.

Esta providencia se limitó, pues, a evaluar jurídicamente inclusión en el acta de liquidación de actividades previas al perfeccionamiento del contrato, uso desviado del poder que por sí solo constituye amenaza de los derechos colectivos invocados. Esta circunstancia relevó a la Sala de entrar en el estudio de los otros problemas jurídicos planteados, como son los relativos a la ejecución legal del contrato y a las incidencias propias de la validez del contrato, asuntos que son del resorte de la acción contractual impetrada. Con ello se avala en sede jurisdiccional la orden ya proferida por la Procuraduría General de la Nación en ese sentido. La solución definitiva y de fondo correrá, pues, por cuenta del juez natural del contrato.

En mérito de lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

REVÓCASE el fallo impugnado y en su lugar se dispone:

1º. NIÉGANSE las excepciones propuestas por el demandado

2º. AMPÁRANSE los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados con el acta de liquidación del contrato No. 038 de 2 de octubre de 1999, suscrita por Lucas Segundo Gnecco Cerchar, entonces Gobernador del Departamento del Cesar, y AMADEO TAMAYO MORÓN, el 2 de octubre de 2000.

3º. ORDÉNASE la suspensión del acta de liquidación bilateral del contrato administrativo No. 038 de 1999, suscrita por las partes el 2 de octubre de 2000.

4º. FÍJASE como incentivo económico a favor del Fondo de Defensa de Intereses Colectivos y a cargo del demandado Amadeo Tamayo Morón y del representante legal del Departamento del Cesar de la época, Lucas Gnecco Cerchar en forma solidaria, la suma de 10 salarios mínimos mensuales.

5º. Por secretaria envíese copia de este fallo al registro público de acciones populares y de grupo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Presidenta

Aclaró voto

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

Con salvamento parcial de voto

Salvó voto

GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. RUTH STELLA CORREA PALACIO

NULIDAD DEL CONTRATO - Acción popular / ACCION POPULAR - Nulidad del contrato / NULIDAD ABSOLUTA - Juez popular. Juez natural

A mi juicio, la improcedencia de la acción popular para anular contratos no sólo tiene lugar en la hipótesis indicada en la sentencia, sino que la misma es extensiva a todos los supuestos de conocimiento del juez popular. Al efecto, resultan perfectamente extrapolables los razonamientos expuestos por la Sala en reciente providencia al estudiar la improcedencia para anular actos administrativos en sede popular. Allí se indicaron, entre otros, los siguientes argumentos: -El artículo 34 de la ley 472 al definir el contenido de la sentencia popular señala inequívocamente una regla de competencia para el fallador que sólo puede revestir tres modalidades: una orden de hacer o no hacer, la condena al pago de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere posible; -Los fines, móviles o motivos de la acción son impeditivos o preventivos y sólo de forma excepcional (en el supuesto ya indicado del artículo 34) indemnizatorios, por manera que su telos no es el restablecimiento de derechos subjetivos; -El hecho de que coincida en el juez popular su condición de juez administrativo, no conduce a afirmar que esta sola circunstancia permita comunicar al primero las competencias asignadas por ley al segundo; -El principio de congruencia de los fallos está subordinado al móvil o motivo de la acción, que tratándose de la popular se encuentra claramente determinado por los artículos 2 y 34 de la ley 472, los cuales a su vez definen las pretensiones que se pueden formular al proponer una acción popular; -El Juez popular sólo está facultado para impartir órdenes de hacer o no hacer y en modo alguno para anular contratos, por lo que en aplicación del principio de legalidad (preámbulo, artículos 3, 6, 121, 122, 123 y 230 Constitucionales), que está a la base de toda actuación de todo servidor público (incluido el juez por supuesto), el juez constitucional no puede auto-asignarse competencias anulatorias no otorgadas por la ley, sin infringir el principio tantas veces reiterado en la Constitución. -Ante la ausencia de definición legislativa de lo que se entiende por orden de hacer o no hacer, puede recurrirse al sentido natural y obvio de estas expresiones (art. 28 del C.C.) que no es otro que el fijado por la Real Academia de la Lengua Española, que sobre estos vocablos advierte que se trata de mandamientos o prescripciones y no de declaraciones con efectos generales como sería una anulación; -Analizada la historia fidedigna del establecimiento de la ley 472 (art. 27 del C.C.) se llega también a la misma conclusión: el legislador no quiso entregarle competencias anulatorias al juez popular; -La condición de juez constitucional asignada al juez popular no lo releva del cumplimiento estricto de las normas, pues el juez constitucional también está subordinado al derecho; -La solución jurisprudencial adoptada es además más garantista, al permitir al afectado recurrir al juez natural a obtener el restablecimiento que no lograría en sede popular. A lo que es menester añadir que, si bien de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil (subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1936) la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, lo cierto es que este precepto parte del supuesto elemental de que el juez que conozca del asunto sea justamente el juez natural del contrato, circunstancia que no tiene lugar en sede popular, como quedó expuesto. De lo contrario, podría llegarse a una situación absurda conforme a la cual, v.gr., un juez penal al

estudiar un delito de celebración indebida de contratos, en aplicación del citado artículo, declarara la nulidad de un contrato estatal, circunstancia que obviamente no ha tendido, ni tendrá lugar, pues es evidente que no es el juez natural del mismo.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Certificado de disponibilidad presupuestal / CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Perfeccionamiento del contrato / ACTO ADMINISTRATIVO BILATERAL - Concepto / CONTRATO ESTATAL - Autonomía de la voluntad

Anota la Sala que este precepto fue modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación. Para la Sala la disposición transcrita cubre los denominados "actos administrativos bilaterales" y entre ellos ubica a los contratos del Estado; en la misma línea argumentativa agrega que la última de las normas transcritas no sólo es posterior y especial, y por lo mismo derogatoria de la ley 80, sino que adicionalmente goza de mayor jerarquía al tratarse de una ley orgánica, derogatoria que -por lo demás- en su sentir es reiterada por una serie de normas reglamentarias de esta última. La verdad es que no encuentro fácil admitir que el contrato sea un acto administrativo bilateral, toda vez que la existencia de ésta última modalidad es puesta en duda por un sector muy importante de la doctrina como que el acto administrativo es, por antonomasia, una manifestación o declaración unilateral de la voluntad de la Administración, en cumplimiento de una función administrativa, con el fin de producir efectos jurídicos. El contrato estatal no es un acto administrativo fruto de una declaración unilateral sino un acuerdo de voluntades, y por lo mismo su régimen jurídico sustantivo, las acciones judiciales y, por supuesto, el estudio a nivel teórico constituyen capítulos separados del derecho administrativo.

EJECUCION DEL CONTRATO - Aprobación de la garantía y disponibilidad presupuestal / REGISTRO PRESUPUESTAL - Ejecución del contrato

La ley 80 distingue - en una clara diferencia respecto del Decreto ley 222 de 1983- entre perfeccionamiento y ejecución del contrato estatal al disponer en el inciso segundo de su artículo 41 que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, las cuales se afectan al cumplimiento del contrato a través del respectivo registro presupuestal, constituyéndose este en un requisito que atañe a la ejecución o eficacia, y no al su perfeccionamiento, y cuya ausencia no ataca la validez del convenio negocial. Por otra parte, no se discute, obviamente, el carácter imperativo de las normas orgánicas de presupuesto sino el alcance modificatorio que le da la Sala al artículo 71 del Decreto 111 de 1996 (artículo 49 de la ley 179 de 1994 que modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989) frente al estatuto contractual. En mi criterio, esa disposición alude exclusivamente a actos administrativos, por lo que no hay margen para concluir derogatorias o modificaciones tácitas del estatuto contractual y establecer de este modo requisitos para el perfeccionamiento del contrato estatal no previstos por la ley.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2.005)

Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP)

Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Demandado: AMADEO TAMAYO MORON

Aunque comparto la decisión que se adopta en la sentencia de 5 de octubre de 2005, en cuanto al amparar los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público ordenó la suspensión del acta de liquidación bilateral del contrato administrativo No. 038 de 1999, suscrita por Lucas Segundo Gnecco Cerchar, entonces Gobernador del Departamento del Cesar, y Amadeo Tamayo Morón, el 2 de octubre de 2000, me permito aclarar voto en relación con algunas de las consideraciones expresadas en la parte motiva del fallo.

En el caso que se define, i) respaldo la tesis central de la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo es un contrato estatal, habida consideración que se trata de un medio procesal autónomo y principal, pero difiero de las consideraciones expuestas conforme a las cuales en determinados eventos en el juicio popular sería posible anular contratos estatales; ii) también estoy de acuerdo con que no se pueden incluir en el acta de liquidación actuaciones previas al perfeccionamiento del contrato, pero discrepo del momento en que la Sala entiende que un contrato estatal se encuentra perfeccionado.

1. Los poderes del juez popular frente al contrato estatal viciado de nulidad absoluta

Como ya se advirtió, acojo sin reservas el planteamiento de la Sala en cuanto hace a la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, comoquiera que nuestro derecho positivo es claro en permitir la (inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 en consonancia con los artículos 9 y 15 eiusdem).

Sin embargo, disiento en cuanto hace a la facultad anulatoria del contrato estatal en sede popular, la cual encuentra factible la Sala al estimar que:

"En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo. (subrayas fuera de texto original)

La Sala aunque admite esta opción hermenéutica en el caso sub lite no procede a aplicarla habida consideración que sigue rigurosamente la línea jurisprudencial trazada de antaño, conforme a la cual si cursa un proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular al evaluar su legalidad carece de competencia anulatoria.

1.1 A mi juicio, la improcedencia de la acción popular para anular contratos no sólo tiene lugar en la hipótesis indicada en la sentencia, sino que la misma es extensiva a todos los supuestos de conocimiento del juez popular. Al efecto, resultan perfectamente extrapolables los razonamientos

expuestos por la Sala en reciente providenci

al estudiar la improcedencia para anular actos administrativos en sede popular. Allí se indicaron, entre otros, los siguientes argumentos:

- i) El artículo 34 de la ley 472 al definir el contenido de la sentencia popular señala inequívocamente una regla de competencia para el fallador que sólo puede revestir tres modalidades: una orden de hacer o no hacer, la condena al pago de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando fuere posible;
- ii) Los fines, móviles o motivos de la acción son impeditivos o preventivos y sólo de forma excepcional (en el supuesto ya indicado del artículo 34) indemnizatorios, por manera que su telos no es el restablecimiento de derechos subjetivos;
- iii) El hecho de que coincida en el juez popular su condición de juez administrativo, no conduce a afirmar que esta sola circunstancia permita comunicar al primero las competencias asignadas por ley al segundo;
- iv) El principio de congruencia de los fallos está subordinado al móvil o motivo de la acción, que tratándose de la popular se encuentra claramente determinado por los artículos 2 y 34 de la ley 472, los cuales a su vez definen las pretensiones que se pueden formular al proponer una acción popular;
- v) El Juez popular sólo está facultado para impartir órdenes de hacer o no hacer y en modo alguno para anular contratos, por lo que en aplicación del principio de legalidad (preámbulo, artículos 3, 6, 121, 122, 123 y 230 Constitucionales), que está a la base de toda actuación de todo servidor público (incluido el juez por supuesto), el juez constitucional no puede auto-asignarse competencias anulatorias no otorgadas por la ley, sin infringir el principio tantas veces reiterado en la Constitución.
- vi) Ante la ausencia de definición legislativa de lo que se entiende por orden de hacer o no hacer, puede recurrirse al sentido natural y obvio de estas expresiones (art. 28 del C.C.) que no es otro que el fijado por la Real Academia de la Lengua Española, que sobre estos vocablos advierte que se trata de mandamientos o prescripciones y no de declaraciones con efectos generales como sería una anulación;
- vii) Analizada la historia fidedigna del establecimiento de la ley 472 (art. 27 del C.C.) se llega también a la misma conclusión: el legislador no quiso entregarle competencias anulatorias al juez popular;
- viii) La condición de juez constitucional asignada al juez popular no lo releva del cumplimiento estricto de las normas, pues el juez constitucional también está subordinado al derecho;
- ix) La solución jurisprudencial adoptada es además más garantista, al permitir al afectado recurrir al juez natural a obtener el restablecimiento que no lograría en sede popular.

1.2 A lo que es menester añadir que, si bien de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil (subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1936"" la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o

contrato, lo cierto es que este precepto parte del supuesto elemental de que el juez que conozca del asunto sea justamente el juez natural del contrato, circunstancia que no tiene lugar en sede popular, como quedó expuesto. De lo contrario, podría llegarse a una situación absurda conforme a la cual, v.gr., un juez penal al estudiar un delito de celebración indebida de contratos, en aplicación del citado artículo, declarara la nulidad de un contrato estatal, circunstancia que obviamente no ha tendido, ni tendrá lugar, pues es evidente que no es el juez natural del mismo.

Por otra parte, la declaración de nulidad del contrato, impone al juez el pronunciamiento sobre las restituciones a que haya lugar, y encierra el carácter de restitutorias para las partes del contrato anulado, pronunciamiento éste que escapa a la competencia del juez popular. Y la solución no es simplemente anular el contrato y dejar pendiente el tema de las restituciones, porque al esquema al que obedecen las actuaciones establecidas en el Código Contencioso Administrativo, le es extraña alguna destinada a tal fin, para cuando se haya anulado el contrato. Esta Corporación, inclusive se ha inclinado por la procedencia de la disposición sobre restituciones, cuando la nulidad del contrato es producto de la excepción

2. Perfeccionamiento del contrato estatal

El artículo 41 de la ley 80 dispone:

Artículo 41.- Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Anota la Sala que este precepto fue modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación, cuando dispuso:

"Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previstos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberán indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

(...)

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones" (Artículo 71 del Decreto 111 de 1996).

Para la Sala la disposición transcrita cobija los denominados "actos administrativos bilaterales" y entre ellos ubica a los contratos del Estado; en la misma línea argumentativa agrega que la última de las normas transcritas no sólo es posterior y especial, y por lo mismo derogatoria de la ley 80, sino que adicionalmente goza de mayor jerarquía al tratarse de una ley orgánica, derogatoria que

-por lo demás- en su sentir es reiterada por una serie de normas reglamentarias de esta última.

2.1 Aunque resulta sugestivo el argumento según el cual el contrato es definido positivamente como un acto jurídico de la administración, y por lo mismo cuando las normas orgánicas de presupuesto hablan de "acto administrativo" este resulta comprensivo de todos los actos jurídicos de la Administración incluidos los contratos, la verdad es que no encuentro fácil admitir que el contrato sea un acto administrativo bilateral, toda vez que la existencia de ésta última modalidad es puesta en duda por un sector muy importante de la doctrina como que el acto administrativo es, por antonomasia, una manifestación o declaración unilateral de la voluntad de la Administración, en cumplimiento de una función administrativa, con el fin de producir efectos jurídico

"

"

. En efecto, una cosa es el contrato entendido, siguiendo la terminología civilista, como acto o negocio jurídico de la administración -expresión nítida del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1602 del C.C.) que en materia de contratación estatal está previsto en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 8 del Decreto 679 de 1994- y otra muy distinta la manifestación unilateral de la administración que debe revestir la forma de acto administrativo. En otras palabras, el contrato estatal no es un acto administrativo fruto de una declaración unilateral sino un acuerdo de voluntades, y por lo mismo su régimen jurídico sustantivo, las acciones judiciales y, por supuesto, el estudio a nivel teórico constituyen capítulos separados del derecho administrativo.

Asimismo, la ley 80 distingue - en una clara diferencia respecto del Decreto ley 222 de 1983- entre perfeccionamiento y ejecución del contrato estatal al disponer en el inciso segundo de su artículo 41 que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, las cuales se afectan al cumplimiento del contrato a través del respectivo registro presupuestal, constituyéndose este en un requisito que atañe a la ejecución o eficacia, y no al su perfeccionamiento, y cuya ausencia no ataca la validez del convenio negocial.

2.2 Por otra parte, no se discute, obviamente, el carácter imperativo de las normas orgánicas de presupuesto sino el alcance modificadorio que le da la Sala al artículo 71 del Decreto 111 de 1996 (artículo 49 de la ley 179 de 1994 que modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989) frente al estatuto contractual. En mi criterio, esa disposición alude exclusivamente a actos administrativos, por lo que no hay margen para concluir derogatorias o modificaciones tácitas del estatuto contractual y establecer de este modo requisitos para el perfeccionamiento del contrato estatal no previstos por la ley.

2.3 Por lo demás, es preciso señalar que la Sala en otras oportunidades había optado por aplicar lo dispuesto por la ley 80 en cuanto hace al perfeccionamiento del contrato. Así en una ocasión señaló:

"En buena hora la ley 80 de 1993 precisó que 'los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y éste se eleve a escrito' (art. 41) y los requisitos que en el anterior régimen se requerían para perfeccionar el contrato pasaron a ser requisitos para su ejecución -aprobación de la garantía única y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes- (art. 41, inciso 2º Ley 80 de 1993), lo cual

significa que desde el momento en que las partes firman el contrato, éste existe como tal en el mundo del derecho."

No está demás subrayar que la postura indicada, en nada alteraría la decisión final que adoptó la Sala en la medida en que, como quedó acreditado en el proceso, fueron muchas las actuaciones desplegadas antes de la consignación en escrito de la voluntad de las partes, por lo que la sola inclusión de un ítem relativo a estas en el acta de liquidación resultaría abiertamente violatorio de los derechos colectivos estudiados en el fallo.

Si de conformidad con lo ordenado por el artículo 41 de la ley 80 de 1993, el contrato estatal sub judice, habida cuenta de su carácter solemne, ameritaba para su perfeccionamiento que se elevara a escrito el acuerdo sobre el objeto y la prestación, circunstancia que vino a producirse el 8 de abril de 1999 (fls. 2 a 5 c. 1), toda actuación desplegada con anterioridad a esa fecha no podía involucrarse en el acta liquidatoria respectiva, so pena de incurrirse en una actuación desviada de los fines propios de la actuación administrativa y transgresora de la moralidad administrativa.

En efecto, se advierte que el día 25 de marzo de 1999, esto es 14 días antes del perfeccionamiento del Contrato No. 38 de 8 de abril de 1999, fecha en que el acuerdo de las partes se elevó a escrito, Tamayo Morón dirigió un escrito al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P. en el cual presentó unas reclamaciones (copia auténtica fls. 2 a 7 anexo 3.), gestión cuyo pago se incluyó en el acta de liquidación cuestionada.

Por lo que dice relación al segundo rubro incluido en la liquidación también fue reclamado al liquidador de ELECTROCESAR S.A. E.S.P., en el mismo escrito de 25 de marzo de 1999 (fls. 2 a 7 anexo 3), esto es, antes del perfeccionamiento del contrato No. 038 de 1999, por lo que tampoco podía ser incluido en el acta de liquidación bilateral y no podía ser objeto de remuneración al contratista por concepto de ejecución de su objeto contractual, tal y como lo destacó la sentencia.

En definitiva, pueden sintetizarse las cifras que no debieron incluirse en el acta al constituir actuaciones previas al perfeccionamiento del contrato, así:

DERECHOS 'REIVINDICADOS' A FAVOR DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR.	VALOR
Primer rubro: Por reconocimiento, capitalización y aumento accionario por obras del programa Plan de Inversiones Prioritarias de la Costa Atlántica - PLANIEP.	\$11.974'783.523
Segundo rubro: Por concepto de estampillas Pro-Electrificación Rural.	\$134'878.141,63

Inclusión, que como señaló la sentencia, comporta violación de los derechos colectivos estudiados y que determinó la prosperidad de las pretensiones y la adopción de la medida de suspensión del acta liquidatoria, que comparto a plenitud.

Fecha ut supra

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ACTA BILATERAL DE LIQUIDACION - Perfeccionamiento del contrato / ACCION POPULAR - Nulidad de un negocio jurídico / NULIDAD ABSOLUTA - Restitución de las cosas al estado anterior

El fundamento fáctico de la controversia que se decidió en la sentencia giró en torno a la inclusión, en el acta bilateral de liquidación del contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, de sumas por concepto de gestiones realizadas con anterioridad al perfeccionamiento del contrato, conducta generadora de violación a los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa. Salvé el voto en forma parcial frente a la sentencia que dictó la Sala en el asunto de la referencia, toda vez que considero que en las acciones populares tiene cabida y bajo el concepto de RESTITUCIÓN DE LAS COSAS A SU ESTADO ANTERIOR, previo amparo de los derechos colectivos, la nulidad de un negocio jurídico, como es el Acta Bilateral de Liquidación. El fallo, que comparto en su mayoría, ORDENÓ LA SUSPENSIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO 038 DE 1999, aspecto este del cual discrepo, toda vez que se probaron a más de las razones de ilegalidad por desviación de poder de dicha acta, el quebranto ostensible y manifiesto de los derechos colectivos que se ampararon, y por tanto existían jurídicamente razones de valor mayor para haber ordenado la RESTITUCIÓN DE LAS COSAS A SU ESTADO ANTERIOR, por ser posible, y en consecuencia haber anulado dicha Acta, impidiendo así cualquier intento de eficacia jurídica sobre la misma, protegiendo verdaderamente esos derechos colectivos y por economía procesal, en forma definitiva disponiendo judicialmente en contra de la conducta vulneradora. EN EL CASO estimo que como se probó, de una parte, la DESVIACIÓN DE PODER en la celebración del Acta de Liquidación Bilateral, como bien lo explica el fallo, y, de otra, la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad y al patrimonio públicos, había lugar a proteger esos derechos, y para ampararlos haber ordenando la RESTITUCIÓN DE LAS COSAS A SU ESTADO ANTERIOR, en este caso, declarando la nulidad de dicha acta, que es indicativa de la ineficacia jurídica total. Por tanto me parece que la orden que se libró, meramente de suspender el Acta liquidación bilateral del contrato administrativo, tiene el alcance de una medida cautelar y por lo tanto el fallo tiene un sentido provisorio, no definitivo. Creo que los principios de economía, celeridad y eficacia, previstos en el artículo 5º de la ley 472 de 1998, daban lugar a que la sentencia hubiera ordenado dicha restitución, a través de la declaratoria de nulidad por desviación de poder, por indicarlo así el numeral 3º de artículo 44 ley de la ley 80 de 1993. Estimo, desde otro punto de vista, que las causales de nulidad absoluta que la ley castiga con la nulidad, no pueden sancionarse por el juez de una forma menor y no definitiva, como es ordenando la suspensión. El efecto de la causal de nulidad absoluta, coloca el pensamiento jurídico al momento de la celebración del acto, y si ella se configura es el DERECHO LEGAL el que atrae e impele la aplicación de sanción, cual es la restitución de las cosas a su estado anterior, a través de la declaratoria de nulidad. Nota de Relatoría: Ver Exp. AP-1204 del 9 de diciembre de 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2.005)

Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP)

Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Demandado: AMADEO TAMAYO MORON

El fundamento fáctico de la controversia que se decidió en la sentencia giró en torno a la inclusión, en el acta bilateral de liquidación del contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, de sumas por concepto de gestiones realizadas con anterioridad al perfeccionamiento del contrato, conducta generadora de violación a los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa.

La sentencia en mención revocó la de primera instancia, que dictó el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, y, en consecuencia, se ampararon los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, que consideró se vulneraron con el acta de liquidación bilateral del contrato 038 de 2 de octubre de 1999 que suscribió el entonces Gobernador del Departamento del Cesar y Amadeo Tamayo Morón y se suspendió dicha acta; a más, se fijó el incentivo en diez salarios mínimos mensuales a favor del Fondo de Defensa de los Intereses Colectivos.

Salvé el voto en forma parcial frente a la sentencia que dictó la Sala en el asunto de la referencia, toda vez que considero que en las acciones populares tiene cabida y bajo el concepto de RESTITUCIÓN DE LAS COSAS A SU ESTADO ANTERIOR, previo amparo de los derechos colectivos, la nulidad de un negocio jurídico, como es el Acta Bilateral de Liquidación.

El fallo, que comparto en su mayoría, ORDENÓ LA SUSPENSIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO 038 DE 1999, aspecto este del cual discrepo, toda vez que se probaron a más de las razones de ilegalidad por desviación de poder de dicha acta, el quebranto ostensible y manifiesto de los derechos colectivos que se ampararon, y por tanto existían jurídicamente razones de valor mayor para haber ordenado la RESTITUCIÓN DE LAS COSAS A SU ESTADO ANTERIOR, por ser posible, y en consecuencia haber anulado dicha Acta, impidiendo así cualquier intento de eficacia jurídica sobre la misma, protegiendo verdaderamente esos derechos colectivos y por economía procesal, en forma definitiva disponiendo judicialmente en contra de la conducta vulneradora.

En efecto:

El artículo 2º de la ley 472 de 1998, sobre acciones populares y de grupo, señala en relación con las populares que son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos; y que se ejercen para:

1. evitar el daño contingente,
2. hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o
3. restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Las expresiones "restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible", por su contenido, tienen un alcance distinto respecto de cada conducta que genera la amenaza o vulneración de derechos colectivos, dependiendo si es de **acción** o es de **omisión**.

Y siendo entonces que a términos del artículo 9º ibídem, las acciones populares proceden contra TODA de acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, proceden, indudablemente, frente al los negocios jurídicos del Estado, que son CONDUCTA DE ACCIÓN.

Los negocios jurídicos del Estado, en veces, pueden vulnerar los derechos e intereses colectivos, entre otros, y mientras subsista la vulneración, son causa jurídica en la promoción de las acciones populares, con la finalidad de proteger derechos colectivos - no subjetivos porque para éstos existe la acción de controversias contractuales -.

El legislador había dispuesto en la norma original del artículo 11 de la ley 472 de 1998, lo siguiente:

"ARTÍCULO 11. CADUCIDAD. La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo. Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración".

Y afirmo que el legislador había dispuesto en la norma original del artículo 11 ibídem, porque la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones antes resaltadas, esto es: "Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas al estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración".

A consecuencia de dicha declaratoria de inexecutable, en la actualidad, la RESTITUCIÓN DE LAS COSAS AL ESTADO ANTERIOR en las acciones populares, tiene procedencia en cualquiera época, cuando se comprueben los elementos necesarios para la protección de los derechos colectivos, disponiendo lo necesario para la efectiva RESTITUCIÓN de las cosas al estado anterior, cuando fuere posible.

EN EL CASO estimo que como se probó, de una parte, la DESVIACIÓN DE PODER en la celebración del Acta de Liquidación Bilateral, como bien lo explica el fallo, y, de otra, la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad y al patrimonio públicos, había lugar a proteger esos derechos, y para ampararlos haber ordenando la RESTITUCIÓN DE LAS COSAS A SU ESTADO ANTERIOR, en este caso, declarando la nulidad de dicha acta, que es indicativa de la ineficacia jurídica total. Por tanto me parece que la orden que se libró, meramente de suspender el Acta liquidación bilateral del contrato administrativo, tiene el alcance de una medida cautelar y por lo tanto el fallo tiene un sentido provisorio, no definitivo.

Creo que los principios de economía, celeridad y eficacia, previstos en el artículo 5º de la ley 472 de 1998, daban lugar a que la sentencia hubiera ordenado dicha restitución, a través de la declaratoria de nulidad por desviación de poder, por indicarlo así el numeral 3º de artículo 44 ley de la ley 80 de 1993. Estimo, desde otro punto de vista, que las causales de nulidad absoluta que la ley castiga con la nulidad, no pueden sancionarse por el juez de una forma menor y no definitiva, como es ordenando la suspensión. El efecto de la causal de nulidad absoluta, coloca el pensamiento jurídico al momento de la celebración del acto, y si ella se configura es el DERECHO LEGAL el que atrae e impele la aplicación de sanción, cual es la restitución de las cosas a su estado anterior, a través de la declaratoria de nulidad.

Por otra parte, considero que no se podía desconocer la jurisprudencia adoptada en Sala Plena de

lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en materia de acciones populares y la competencia del juez de la acción popular, para declarar la nulidad por objeto ilícito de un negocio jurídico y ordenar las restituciones correspondientes, ante la vulneración de los derechos colectivos, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97,6 ibídem le corresponde a las Secciones remitir a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo los procesos en asuntos en los cuales se proyecta "cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación".

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 9 de diciembre de 200, con ponencia del Consejero CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, amparó los derechos colectivos a la moralidad y al patrimonio público y castigó con la ineficacia una compra de acciones que adolecía de objeto ilícito, al haber contrariado normas de derecho público, jurisprudencia que además no ha sido objeto de modificación por dicha Sala Plena:

"Las normas lesionadas forman parte del Derecho Público de la Nación, y por tanto, las conductas contractuales que les sean contrarias tienen **objeto ilícito**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil. Por lo tanto, resulta de forzosa aplicación el artículo 1525 idem, que ordena:

'ARTÍCULO 1525.- No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas'

La consecuencia jurídica de haberse realizado esta adquisición contrariando lo dispuesto en las normas citadas es, según el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 226, la ineficacia del contrato de compraventa de acciones, a causa de su ilicitud, que lo hace absolutamente nulo.

(...) Desde luego que la conducta en examen constituye una irregularidad en la contratación, que lesiona **la moralidad administrativa**, al tenor del artículo 40 de la Ley 472. Fernando Londoño Hoyos fue su protagonista al aparentar una calidad que no poseía y beneficiarse del precio fijo reservado a los destinatarios preferenciales de la primera fase de la venta, sustrayéndose ventajosamente a la competencia o puja que habría tenido que afrontar en la subasta que habría de realizarse en la segunda fase, única en que le era lícito participar. Se hizo, entonces, a beneficios contractuales que no le concedían las leyes. Este comportamiento desplegado en la etapa precontractual y en la celebración del contrato mismo, resulta contrario al deber que tienen los particulares de concurrir al perfeccionamiento de relaciones jurídicas lícitas con la Administración Pública, respetando los derechos de terceros y adquiriendo los propios con arreglo a la ley.

(...) La venta de las acciones al precio fijo también **lesionó el patrimonio público**. De no haber comprado Fernando Londoño Hoyos las acciones, éstas habrían sido ofrecidas en martillo, donde razonablemente se habría obtenido un precio superior a causa de las pujas y competencia entre oferentes. Además, el artículo 6° del Decreto 2324 de 1996 preveía que las ventas que llegaran a realizar los adquirentes especiales dentro de los dos años siguientes habrían de tener un precio superior al de adquisición y serían sancionadas con multa graduada en función del tiempo y de la utilidad.

El perjuicio es más tangible teniendo en cuenta que las acciones causaron dividendos que no debieron percibir sus adquirentes irregulares..." (subrayas del texto, negrillas de la Sala).

En los anteriores términos, consigno las razones que me llevaron a separarme parcialmente del fallo que emitió la Sala.

Fecha ut supra.

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

ACCION POPULAR - Juez. Facultades / ACCION POPULAR - Sentencia. Contenido / JUEZ POPULAR - Facultades / SENTENCIA DE ACCION POPULAR - Contenido / ACCION POPULAR - Clasificación: preventivas, indemnizatorias y restitutorias / ACCION POPULAR - Preventiva. Trámite preferencial

El punto de partida tiene que situarse en los poderes que tiene el juez de la acción popular, tal como quedaron establecidos en los artículos 34, 25 y 17 inciso 3º de la ley 472. Por el primero, la sentencia favorable a la demanda "podrá contener una orden de hacer o de no hacer", condenar, si es del caso, al pago de perjuicios en favor de la entidad pública no culpable a cuyo cargo estén los derechos colectivos vulnerados, y "exigir la realización de conductas necesarias" para volver las cosas al estado anterior a dicha vulneración, cuando ello fuere físicamente posible.

ACCION POPULAR - Medidas cautelares / MEDIDAS CAUTELARES - Acción popular. Preventiva

A partir de tal precepto se pudiera hacer una triple clasificación de las acciones populares, en preventivas, indemnizatorias y restitutorias, conclusión que corresponde a lo preceptuado en el artículo segundo, a cuyos términos, tales acciones se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la vulneración o agravio sobre los derechos o intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, si ello es posible, y en el artículo 6º que dispone un trámite preferencial, únicamente para las acciones populares preventivas. Tal parece ser, de otra parte, el entendimiento que le dio la Asamblea Constitucional al asunto, según se desprende de los extensos debates que precedieron la adopción del artículo 88 de la Constitución Política y resulta coherente, además, con la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional. Las dos disposiciones restantes hacen relación a las medidas de cautela que puede adoptar el juez; según el artículo 17, desde la presentación de la demanda, tiene la facultad de tomar "las medidas cautelares necesarias" para impedir perjuicios irremediables o irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza; y, de acuerdo con el artículo 25, puede "decretar las medidas previas que estime pertinentes" para prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado, y sólo a título indicativo, precisa que podrá ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, lo hayan causado o lo continúen ocasionando, así como ordenar que se ejecuten "los actos necesarios" cuando la conducta perjudicial consista en una omisión del demandado. Todo indica que tales medidas sólo proceden para las denominadas acciones populares preventivas.

ACCION POPULAR - Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Acción popular / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Acción popular / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Legitimación en la causa del demandante. Acción popular / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Caducidad de la acción contractual. Acción popular / ACCION POPULAR - Nulidad absoluta del contrato. Legitimación

Como se ha podido observar, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular. El asunto,

en realidad, es de pura constatación fáctica: se trata de establecer la posibilidad de que, a través de un contrato estatal o de alguna de sus cláusulas se pudiera amenazar o quebrantar un derecho o un interés colectivo; cosa que ocurriría, por ejemplo, en el caso de que el pacto contractual se celebrara con el evidente propósito de hacer una donación a un particular, contraviniendo la prohibición del artículo 355 de la CP.; o, como ocurre en este caso que decidió la Sala, en que una conclusión similar se deduce de un acta de liquidación de mutuo acuerdo, la cual, si bien en estricto rigor no es un contrato, es sin duda un acto convencional que puede sujetarse a regla similares. Hecha esta precisión, es menester tomar partido en cuanto la solución jurídica, para lo cual es conveniente volver sobre el texto del artículo 40 de la ley 472, el cual -para establecer un monto especial del incentivo que se ha de reconocer en favor del actor-, señala, entre los casos allí regulados, "...cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación...", y, en el inciso siguiente precisa que, para que la acción sea viable "...los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación..." El texto legal parece alejar toda duda en cuanto a la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales por una causal que es concreta: los sobrecostos, y por otra, genérica, las irregularidades provenientes de la contratación; precisar de qué tipo de irregularidades se trata es tarea del juez, pero nada impide que las mismas configuren una causal de nulidad absoluta del contrato en los términos de la ley 80 de 1993, artículo 44. Si se admite la posibilidad de que la sola existencia, es decir, la celebración de un contrato estatal es suficiente para poner en peligro o para vulnerar un derecho colectivo, habrá que concluir que, cuando la ley se refiere a las "acciones" de las autoridades públicas, está incluyendo en tal concepto la celebración de los contratos que, en fin de fines, son una expresión más de la función administrativa del Estado, todo lo cual conduce, a su vez, a pensar que el juez administrativo - en tanto juez de la acción popular - puede y debe examinar la validez del contrato estatal, de oficio o a petición del demandante. Es bien sabido que, por el artículo 45 de la ley 80 de 1.993, se consagró, por primera vez, la acción popular de nulidad absoluta del contrato estatal, lo que autorizaba a cualquier persona para que solicitara del juez administrativo tal declaración, a diferencia de la situación anterior que legitimaba únicamente a las partes, al Ministerio Público y a un tercero con interés directo; sin embargo, la reforma introducida por el artículo 32 de la ley 446 de 1.998 modificó el artículo 87 del C.C.A., así como la norma citada de la ley 80 y restableció la legitimación restringida del actor, en correspondencia con lo que, de antes, preceptuaba el artículo 1742 del código civil. Luego, si se acepta la procedencia de la pretensión de nulidad absoluta de un contrato estatal mediante el ejercicio de una acción popular, bajo los supuestos ya vistos, habría que considerar dos posibilidades distintas, en cuanto a la legitimación del actor se refiere; por regla general, la nulidad absoluta del contrato estatal puede ser solicitada por las partes en el contrato, por el ministerio público o por la persona que acredite interés directo; sin embargo - y esta sería la excepción - cuando se trate de proteger un derecho o un interés colectivo, amenazado o vulnerado por la celebración de un contrato-, cualquier persona estará legitimada para hacerlo, como es lo propio de la acción popular. En todo caso, para que el juez de la acción popular pueda declarar la nulidad pedida, será menester que se cumplan las exigencias del inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., mencionado, es decir, que se hayan citado al proceso las partes del contrato o sus causahabientes y esté plenamente probada la causal de nulidad absoluta. Esto último equivale a decir que la nulidad absoluta del contrato estatal está condicionada por dos aspectos básicos: que se estructure una de las causales previstas en el artículo 44 de la ley 80 y que, además, su existencia amenace o viole un derecho colectivo. Conclusiones similares hay que formular para la aplicación de la potestad oficiosa que tiene el juez para declarar la nulidad absoluta del contrato.

ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO - Acción popular. Suspensión / ACCION POPULAR - Suspensión del acta de liquidación del contrato

Desde mi punto de vista se debió anular el acta de liquidación porque en este proceso quedó acreditada la grosera violación a los derechos colectivos, por parte de quienes suscribieron el negocio; luego, tampoco tiene sentido postergar la declaración de nulidad de la misma para una sentencia de una acción contractual que se dictará en el futuro, en la cual dicha nulidad no está pedida de modo independiente, de manera tal que queda supeditada a lo que se resuelva en relación con el contrato.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO - Registro presupuestal / REGISTRO PRESUPUESTAL - Perfeccionamiento del contrato

La Sala reitera su jurisprudencia, según la cual la obtención del registro presupuestal es requisito de perfeccionamiento de los contratos, por aplicación del artículo 71 del decreto 111 de 1996, según el cual todo acto administrativo que involucre gastos requiere del correspondiente registro presupuestal para su perfeccionamiento. Desde mi punto de vista, es cierto que el registro presupuestal es un requisito de perfeccionamiento de los contratos, pero no porque el contrato sea un acto administrativo, categorías jurídicas que en Colombia se deben diferenciar, por el distinto régimen jurídico que los cubre, sino porque el mandato del artículo 71 si bien hace referencia a actos administrativos, entiendo que su pretensión es cubrir todo tipo de actos - administrativos o contractuales- que involucren gastos; quizás por una impropiedad legal se habló de actos administrativos queriendo referirse a los "actos jurídicos", vocablo con el cual se definen los contratos estatales en el artículo 32 de la ley 80 de 1993. En otras palabras, el artículo 71 se aplica a todo acto jurídico que involucre gastos, y en ellos quedan incluidos los contratos, que son actos jurídicos celebrados por las entidades estatales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., 5 de octubre de dos mil cinco (2.005)

Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP)

Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Demandado: AMADEO TAMAYO MORON

Con el acostumbrado respeto que mantengo frente a las decisiones de la Sala, en esta ocasión manifiesto que salvo mi voto en relación con la sentencia proferida el 5 de octubre de 2005, en el proceso de acción popular radicado con el No. AP-01588, en el cual el actor es la Procuraduría General de la Nación y el demandado el señor Amadeo Tamayo Morón.

El objeto de mi divergencia gira en torno a las posibilidades jurídicas que surgen de la acción popular frente a los contratos estatales, y, por consiguiente, a los poderes que la ley atribuyó al juez de la acción popular en cuanto se refiere a dicho evento. Para una mejor comprensión del problema relacionaré las ideas más importantes de la decisión de la cual me aparto, para dejar así

precisado el espacio de debate sobre el cual, considero, la mayoría ha tomado la posición equivocada.

1. Síntesis de la decisión de la cual me aparto. La acción popular frente a los contratos estatales.

En este proceso se plantearon, entre otras pretensiones, la de que, a través de una acción popular, se rescinda el contrato de prestación de servicios No. 38 de 1999, celebrado entre Amadeo Tamayo Morón y la Gobernación del Cesar, y que se deje sin efectos la liquidación del contrato, en la cual se acordó que el Municipio debía pagar una alta suma de dinero al contratista.

De esta sentencia comparto el criterio según el cual la acción popular no es un mecanismo judicial supletivo o residual, en relación con la existencia de otras acciones judiciales. También se afirma en ella, con razón, que el artículo 40 de la ley 472 prevé la posibilidad de que esta acción proceda frente a contratos, incluso para "... examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta..." (pág. 52) (Subraya fuera de texto)

Entre los fundamentos jurídicos expuestos para dictar el fallo se dijo que el contratista había ejecutado parte del contrato antes de que se perfeccionara el mismo, que requería del correspondiente registro presupuestal para el efecto, tal como se deduce del artículo 71, del Decreto 111 de 1996.

Adicionalmente, en la sentencia se niega la posibilidad de que la administración reconozca, mediante el acta de liquidación, sumas de dinero a quien ha realizado trabajos o servicios sin que el contrato estuviera perfeccionado, pues se trata de hechos cumplidos, los cuales no se pueden sanear en el acta de liquidación (pág. 81). Por esto se afirma que "... únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales." (pág. 85)

También dice el fallo que, a través de la acción popular, no puede pedir la Procuraduría General de la Nación la rescisión del contrato, entendida como la nulidad relativa, pues ella sólo está facultada para incoar la nulidad absoluta, según lo contempla el artículo 45 de la ley 80 de 1993 -pág. 91-.

Finalmente la Sala, luego de un extenso estudio probatorio del asunto, encuentra que la conducta realizada por la administración y el contratista afectaron el derecho colectivo a la moralidad pública, no obstante que la sentencia "... se limitará a adoptar la medida de suspensión del acta de liquidación hasta tanto se produzca el fallo definitivo dentro del proceso contractual correspondiente" -pág. 95-.

Concluye la mayoría diciendo que no es posible pronunciarse sobre la validez del contrato, porque tal decisión es propia de la acción contractual, mecanismo a través del cual se pronuncia el juez natural del contrato -pág. 96-.

2. Las acciones populares frente a los contratos estatales.

El punto de partida tiene que situarse en los poderes que tiene el juez de la acción popular, tal como quedaron establecidos en los artículos 34, 25 y 17 inciso 3º de la ley 472. Por el primero, la

sentencia favorable a la demanda "podrá contener una orden de hacer o de no hacer", condenar, si es del caso, al pago de perjuicios en favor de la entidad pública no culpable a cuyo cargo estén los derechos colectivos vulnerado, y "exigir la realización de conductas necesarias" para volver las cosas al estado anterior a dicha vulneración, cuando ello fuere físicamente posible.

A partir de tal precepto se pudiera hacer una triple clasificación de las acciones populares, en preventivas, indemnizatorias y restitutorias, conclusión que corresponde a lo preceptuado en el artículo segundo, a cuyos términos, tales acciones se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la vulneración o agravio sobre los derechos o intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, si ello es posible, y en el artículo 6º que dispone un trámite preferencial, únicamente para las acciones populares preventivas. Tal parece ser, de otra parte, el entendimiento que le dio la Asamblea Constitucional al asunto, según se desprende de los extensos debates que precedieron la adopción del artículo 88 de la Constitución Política y resulta coherente, además, con la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional

Las dos disposiciones restantes hacen relación a las medidas de cautela que puede adoptar el juez; según el artículo 17, desde la presentación de la demanda, tiene la facultad de tomar "las medidas cautelares necesarias" para impedir perjuicios irremediables o irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza; y, de acuerdo con el artículo 25, puede "decretar las medidas previas que estime pertinentes" para prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado, y sólo a título indicativo, precisa que podrá ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, lo hayan causado o lo continúen ocasionando, así como ordenar que se ejecuten "los actos necesarios" cuando la conducta perjudicial consista en una omisión del demandado. Todo indica que tales medidas sólo proceden para las denominadas acciones populares preventivas.

Vista la amplísima gama de poderes del juez que surge de las precitadas disposiciones legales, es menester aproximarse a las diversas relaciones que pueden trabarse entre las acciones populares y los contratos estatales: Si las acciones populares proceden "contra toda acción u omisión de las autoridades públicas" que violen o amenacen violar los derechos e intereses colectivos (artículo 9º ley 472), ¿en tales conceptos (o en los de "actos, acciones u omisiones de las entidades públicas" del artículo 15), están comprendidos los contratos estatales? ¿Es posible que la celebración de un contrato estatal, su ejecución o su inejecución, pueda amenazar violar o viole efectivamente un derecho o interés colectivo? En consecuencia, ¿Puede el juez contencioso administrativo, en tanto juez de la acción popular, declarar la nulidad de un contrato estatal en los eventos en que su sola existencia amenace o viole un derecho colectivo? ¿Podría el juez declararla de oficio o requiere petición del demandante? ¿Se debe restringir esta posibilidad a la nulidad absoluta o abarca también la nulidad relativa? Y, en cuanto a la nulidad absoluta, ¿Se ha de aplicar únicamente las causales previstas en el artículo 44 de la ley 80, que siempre se han visto como taxativas, o solamente algunas de ellas, o emergen causales adicionales como sería la violación, por el contrato, de derechos colectivos? Si la acción popular no caduca, según lo señalado por la Corte Constitucional, ¿cómo conciliar esta nueva situación con el término de caducidad introducido por la ley 446 de 1.998 que, en materia de nulidad absoluta del contrato estatal oscila entre dos y cinco años y, en la de nulidad relativa, es siempre de dos años? Y ¿Cómo conciliar, además, esta circunstancia con el fenómeno del saneamiento de las nulidades por el transcurso del tiempo? Y, desde otra perspectiva, ¿Qué hacer cuando la amenaza o violación del derecho colectivo surgen no de la existencia sino de la ejecución del contrato? O, en similar sentido, ¿Cuál debe ser la actitud del juez de la acción popular cuando el quebranto se refiere a la no ejecución o a la ejecución indebida del contrato por el contratista, sea él un

particular u otra entidad pública? ¿Cuáles podrían ser los derechos colectivos comprometidos con la actividad contractual del Estado? ¿Ha erosionado la acción popular el contencioso contractual contenido en las acciones del artículo 87 del C.C.A? ¿ Ha quedado modificada la legitimación para demandar?. Las preguntas pueden multiplicarse, pues una conduce a otra distinta.

El repaso de los asuntos que se han tramitado en el Consejo de Estado, por cuenta de la acción popular, muestran que los derechos colectivos que, con más frecuencia, encuentran comprometidos los demandantes, en relación con los contratos estatales, son el de la moralidad administrativa y el de la defensa del patrimonio público (literales b y e del artículo 4º de la ley 472). Sin embargo, una rápida revisión del listado de la ley que, como ella misma lo anuncia no es taxativo, permite concluir que bien pudiera tratarse del goce de un ambiente sano, de la existencia del equilibrio ecológico, del goce del espacio público, de la utilización y defensa de los bienes de uso público, de la defensa del patrimonio cultural de la nación, de la seguridad y salubridad públicas... etc, cuya integridad pudiera estar amenazada o conculcada con la existencia, ejecución o inejecución de un contrato estatal.

Vale la pena señalar, al paso, la dificultad que suscita la comprensión y la determinación del alcance de algunos de tales derechos colectivos que tienen incidencia directa con la contratación estatal; ¿a qué se refiere, por ejemplo, la moralidad administrativa establecida como principio constitucional para la función administrativa en el artículo 209 y como derecho o interés colectivo en el artículo 88 de la misma Constitución y en la ley 472? ¿Se restringe su contenido a un manejo honesto y adecuado de los recursos públicos? Y, si ello es así, ¿cómo deslindar este derecho del otro, también previsto en la ley con naturaleza colectiva, atinente a la defensa del patrimonio público

o la moralidad administrativa se extiende a la comisión de "otras irregularidades provenientes de la contratación", como lo previene el artículo 40 de la ley?

2.1. Antecedentes jurisprudenciales sobre el tema.

Quizás la controversia se pueda plantear a partir de un párrafo contenido en la sentencia C-088-00, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 40 de la ley 472, en cuanto consagra la responsabilidad solidaria, entre la entidad contratante, el contratista y las demás personas que concurran al hecho, por los sobrecostos y otras irregularidades provenientes de la contratación.

La Corte, después de advertir que tal responsabilidad sólo podría deducirse siempre que se hubiesen observado las reglas del debido proceso, dijo lo siguiente:

"No se trata, pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo".

Frente a tal afirmación, que pareciera excluir cualquier controversia fundada en un contrato estatal, de los linderos de la acción popular, la mayoría de las Secciones del Consejo de Estado han guardado silencio; otras, como la Tercera, han concluido que se trata de una afirmación no vinculante, puesto que no constituye la ratio decidendi de la sentenci

, como se verá más adelante.

El entendimiento del párrafo transcrito, sin embargo, pudiera ser otro; en efecto, lo que dejó plasmado la Corte Constitucional es, en primer lugar, que las acciones populares están instituidas para proteger los derechos colectivos, frente a la actividad de las entidades públicas y que, dentro de este término están comprendidos los contratos estatales cuando de ellos provenga la vulneración o amenaza de uno de tales derechos; en segundo lugar, que tales acciones conservan su propia independencia y contenido frente a las acciones contractuales, razón por la cual unas y otras poseen su propia autonomía. De allí que una controversia contractual típica que, con la única excepción de la nulidad absoluta del contrato, surge entre las partes del mismo o sus causahabientes, se distinga -sin duda- de aquélla que se suscita en una acción popular cuyo punto de partida no es la controversia entre las partes del contrato, sino la lesión o amenaza a un derecho o interés colectivo; es esta constatación la que desencadena la procedencia de la acción sin que importen, en este caso, las discusiones de las partes respecto de sus propias obligaciones, salvo, claro está, que de allí dependa el peligro que amenaza el interés colectivo.

La Sección Primera del Consejo, en las formulaciones generales que hiciera antes del acuerdo 55 de 2003, parece no encontrar obstáculo para la procedencia de la acción popular frente a la actividad estatal, cualquiera sea su manifestación, pues ha llegado a la conclusión de que dicha acción no es subsidiaria, característica que hace irrelevante la procedencia de otros medios de defensa del derecho de que se trate frente a la actuación cuestionada. En este sentido, en el auto del 24 de mayo de 200 sostuvo:

"Pero, la Ley 472 de 1998 no contempla como razón para su improcedencia, (...) la existencia de otros medios judiciales de defensa, a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados.

Por el contrario, del texto de las normas transcritas se desprende que el derecho o interés colectivo puede ser quebrantado por actos, acciones u omisiones de la entidad pública o del particular que desempeñe funciones administrativas, lo que significa que es al resolver la controversia cuando el juzgador deba (sic) pronunciarse sobre la legalidad de esos actos, acciones u omisiones.

El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudir necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular."

En otras oportunidades, sin hacer consideraciones sobre el tema, se ocupó de examinar la legalidad de los contratos estatales cuestionados, para concluir que se encontraban ajustados a la ley y no amenazaban los derechos colectivos. Se pueden citar estos ejemplos:

En sentencia de 25 de enero de 200 negó las pretensiones de la demanda que había solicitado la terminación unilateral de unos contratos celebrados por la contraloría de Bogotá, para la emisión de programas radiales, por cuanto, además de contar con la autorización legal, estaban en consonancia con los fines que la Constitución Política y la ley han fijado a la entidad.

La sentencia 3 de mayo de 200

también negó las peticiones de la demanda consistentes en que se adicionara un convenio, celebrado entre el Departamento del Meta y ECOPETROL, para que se incluyera en él a un municipio, por cuanto no se encontraron vulnerados derechos colectivos dado que el convenio no preveía ejecución de obras.

En cambio la sentencia de 30 de noviembre de 200

ordenó a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, exigir a los contratistas, explotadores de una mina de carbón, la obtención de la licencia ambiental y del plan de manejo ambiental, por cuya ausencia reclamaba el demandante la cesación de la explotación de las minas.

Hoy, el asunto atinente a las acciones populares propuestas en contra de contratos estatales se sujeta al exclusivo conocimiento de la Sección Tercera, la cual ha aceptado siempre la procedencia de la acción popular frente al contrato estatal, para lo cual ha tomado en consideración el hecho de que la ley no la estableció como subsidiaria de ninguna otra ni de los mecanismos judiciales ni de los medios de control ordinarios.

Inicialmente, sin embargo, en sentencia de 6 de septiembre de 200, sostuvo que "La acción popular no puede entrar a discutir la validez de un contrato, más si puede discutir el manejo de los recursos públicos, la moralidad administrativa y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

En la sentencia de 17 de junio de 200

, sin analizar la legalidad del contrato, llegó a la conclusión de que la construcción de un estadio de fútbol vulneraba los derechos a la moralidad administrativa y a la seguridad pública y ordenó suspenderla. En la de 23 de agosto de 200

, examinó la legalidad de los actos preparatorios de un contrato, pues "... el núcleo para determinar la procedencia de la acción popular es la violación o amenaza de un derecho o interés de naturaleza colectiva, cuya fuente bien puede estar contenida, entre otras hipótesis, en un acto administrativo ilegal...".

En la sentencia de 21 de marzo de 200

se aceptó, de manera expresa, que el juez de la acción popular tiene competencia para declarar la nulidad de un contrato; dijo en esa oportunidad:

"A su vez, se ha sostenido que siempre y cuando esté de por medio la violación de un derecho colectivo, la acción popular puede ser un instrumento para ordenar la devolución de los bienes e inclusive para decretar la nulidad de un contrato, o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo".

A partir de tal aceptación, la preocupación de esta Sala se encaminó más bien a trazar límites entre la acción contractual y la acción popular, como se resalta en la sentencia del 26 de septiembre de 2002

en la que se niega a aceptar la procedencia de la acción popular frente a un acto de apertura de una licitación bajo el argumento de que, con antelación a la demanda, el acto cuestionado había producido la totalidad de sus efectos (lo cual hace pensar que se estaba refiriendo únicamente a la acción popular preventiva); igual decisión profiere en relación con el contrato celebrado, pues, en cuanto a los contratos, limita la procedencia de la acción popular a los eventos previstos por el artículo 40 de la ley 472, es decir a la amenaza o violación de la moralidad administrativa, de lo cual deduce que "La solicitud de nulidad de dicho negocio jurídico mediante el ejercicio de la acción popular es indebida... (porque)...la ley ha erigido otro medio judicial de ataque, como es la

acción de controversias contractuales, por regla general, como único medio idóneo para lograrlo..."

En sentencia de 13 de octubre de 200

, relacionada con la petición de nulidad de un contrato de comercialización de licores, la Sala extrajo varias conclusiones que interesan al tema: en primer lugar, que la celebración de contratos estatales puede afectar los derechos colectivos; éstos son sus términos:

"Esto significa que cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular".

En segundo término, que - mediante la acción popular - puede el juez revisar la legalidad del contrato; las siguientes son las palabras de la Sala:

"La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo".

En tercer lugar, que, por virtud de la acción popular, cualquier persona está legitimada para pedir la nulidad absoluta del contrato; este es el texto del fallo:

"Sin embargo, a pesar de que la acción de nulidad absoluta de los contratos sólo puede ser intentada, en principio, por las personas señaladas en la ley, cuando se ejerce una acción popular estará legitimada "cualquier persona" o podrá el juez declararla de oficio, cuando esa decisión sea necesaria para proteger los derechos colectivos, siempre y cuando en este último evento se cumplan las condiciones previstas en el artículo 87 del C.C.A.

Mostrando su preocupación por evitar fallos contradictorios

cuando otros jueces hubiesen avocado el conocimiento, a través de las acciones ordinarias, del tema atinente a la legalidad del contrato, dijo:

"Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo (...), se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso."

En la sentencia de 10 de julio de 2002, la Sección Cuarta encontró que el dominio.co, código con el cual se identifica el país en la internet, reviste interés colectivo, y ordenó al Ministerio de Comunicaciones adecuar la actuación adelantada por la Universidad de Los Andes (dentro de la cual se encuentra un proceso de comercialización del recurso), en cuanto a la administración y manejo del dominio del país (.co)

La Sección Quinta, desde la sentencia de 1º de febrero de 200

, aceptó que la acción popular procede frente a los contratos estatales a condición de que se demuestre la vulneración de un derecho colectivo; en el mismo sentido se pronuncia en el fallo de 12 de febrero siguiente

y, si bien las pretensiones se niegan en los dos casos, tal decisión se funda en el no cumplimiento de la condición aludida. En cambio en la sentencia de 24 de agosto de 2001 se ordena suspender un procedimiento de concesión hasta tanto se tomen las medidas necesarias para garantizar el derecho a la defensa del patrimonio público

Quizás la decisión más clara, en el sentido que ahora me interesa, está contenida en la sentencia de 19 de julio de 2000, en la cual recordó que, en desarrollo de la acción popular, puede el juez -de oficio- declarar la nulidad absoluta del contrato, siempre que aparezca probada la causal y que, en el proceso, hayan estado presentes las partes del contrato, presupuestos a partir de los cuales declaró la nulidad absoluta de una de sus cláusulas, por estimarla violatoria de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público y a la libre competencia económica.

2.2. Síntesis del tema y posición frente al mismo.

Como se ha podido observar, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular.

El asunto, en realidad, es de pura constatación fáctica: se trata de establecer la posibilidad de que, a través de un contrato estatal o de alguna de sus cláusulas se pudiera amenazar o quebrantar un derecho o un interés colectivo; cosa que ocurriría, por ejemplo, en el caso de que el pacto contractual se celebrara con el evidente propósito de hacer una donación a un particular, contraviniendo la prohibición del artículo 355 de la CP.; o, como ocurre en este caso que decidió la Sala, en que una conclusión similar se deduce de un acta de liquidación de mutuo acuerdo, la cual, si bien en estricto rigor no es un contrato, es sin duda un acto convencional que puede sujetarse a regla similares.

Hecha esta precisión, es menester tomar partido en cuanto la solución jurídica, para lo cual es conveniente volver sobre el texto del artículo 40 de la ley 472, el cual -para establecer un monto especial del incentivo que se ha de reconocer en favor del actor-, señala, entre los casos allí regulados, "...cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación...", y, en el inciso siguiente precisa que, para que la acción sea viable "...los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación..."

El texto legal parece alejar toda duda en cuanto a la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales por una causal que es concreta: los sobrecostos, y por otra, genérica, las irregularidades provenientes de la contratación; precisar de qué tipo de irregularidades se trata es tarea del juez, pero nada impide que las mismas configuren una causal de nulidad absoluta del contrato en los términos de la ley 80 de 1993, artículo 44.

Si se admite la posibilidad de que la sola existencia, es decir, la celebración de un contrato estatal es suficiente para poner en peligro o para vulnerar un derecho colectivo, habrá que concluir que, cuando la ley se refiere a las "acciones" de las autoridades públicas, está incluyendo en tal concepto la celebración de los contratos que, en fin de fines, son una expresión más de la función administrativa del Estado

, todo lo cual conduce, a su vez, a pensar que el juez administrativo - en tanto juez de la acción popular - puede y debe examinar la validez del contrato estatal, de oficio o a petición del demandante.

Quizás valga la pena recordar que, por virtud del artículo 1740 del código civil, "la nulidad puede ser absoluta o relativa", clasificación que acoge la ley 80 a partir del artículo 44. ¿A cuál de ellas, o a ambas, se está haciendo referencia en el caso de las acciones populares?

La jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el momento, parece referirse únicamente a la posibilidad de declarar la nulidad absoluta, excluyendo la relativa; esa conclusión se conforma mejor con la preceptiva legal en esta materia que sanciona la generalidad de las irregularidades con la nulidad relativa y reserva la absoluta para casos excepcionales, tanto en el código civil y en el de comercio como en la ley 80 de 1993

permite el saneamiento, sin exclusiones, de la primera, bien por ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo, mientras que restringe el de la segunda, a veces de manera absolut

, en otras de manera parcia

; mientras la nulidad relativa debe ser pedida, en todos los casos, por las partes, su declaración, desde que está vigente el artículo 2º de la ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez sin necesidad de petición de parte, la cual puede ser formulada también por "todo el que tenga interés en ello" y por el ministerio públic

.

Está, pues, proscrita legalmente toda posibilidad de que el juez, cualquiera él sea y por lo tanto también el de la acción popular, declare oficiosamente una nulidad relativa, y no se atisba tampoco la posibilidad de que una irregularidad de esa naturaleza pudiera amenazar o quebrantar los derechos colectivos, circunstancia que, en la práctica, deja vigente únicamente la hipótesis de la nulidad absoluta. Esta conclusión, por lo demás, consulta el pensamiento de la Corte Constitucional que, examinando el artículo 1742 del código civil, señaló:

"La nulidad puede ser absoluta o relativa. La primera se dirige a proteger el interés público o general de la sociedad, pues está destinada a castigar lo ilícito, es decir, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público. La segunda protege el interés privado o particular. Sin embargo, es posible encontrar casos en los que los dos intereses -privado y público- se encuentran comprometidos, vr.gr. cuando se trata de la defensa de los incapaces.

Bajo esta óptica, en los casos en que se haya de hacer el examen de validez del contrato por petición del actor hay dos puntos que merecen especial atención: la legitimación en la causa del demandante y la caducidad de la acción contractual.

Es bien sabido que, por el artículo 45 de la ley 80 de 1.99

, se consagró, por primera vez, la acción popular de nulidad absoluta del contrato estatal, lo que autorizaba a cualquier persona para que solicitara del juez administrativo tal declaración, a diferencia de la situación anterior que legitimaba únicamente a las partes, al Ministerio Público y a un tercero con interés directo; sin embargo, la reforma introducida por el artículo 32 de la ley 446 de 1.998 modificó el artículo 87 del C.C.A., así como la norma citada de la ley 80 y restableció la legitimación restringida del actor, en correspondencia con lo que, de antes,

preceptuaba el artículo 1742 del código civil.

Luego, si se acepta la procedencia de la pretensión de nulidad absoluta de un contrato estatal mediante el ejercicio de una acción popular, bajo los supuestos ya vistos, habría que considerar dos posibilidades distintas, en cuanto a la legitimación del actor se refiere; por regla general, la nulidad absoluta del contrato estatal puede ser solicitada por las partes en el contrato, por el ministerio público o por la persona que acredite interés directo; sin embargo - y esta sería la excepción - cuando se trate de proteger un derecho o un interés colectivo, amenazado o vulnerado por la celebración de un contrato-, cualquier persona estará legitimada para hacerlo, como es lo propio de la acción popular.

En todo caso, para que el juez de la acción popular pueda declarar la nulidad pedida, será menester que se cumplan las exigencias del inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., mencionado, es decir, que se hayan citado al proceso las partes del contrato o sus causahabientes y esté plenamente probada la causal de nulidad absoluta.

Esto último equivale a decir que la nulidad absoluta del contrato estatal está condicionada por dos aspectos básicos: que se estructure una de las causales previstas en el artículo 44 de la ley 8

y que, además, su existencia amenace o viole un derecho colectivo.

Conclusiones similares hay que formular para la aplicación de la potestad oficiosa que tiene el juez para declarar la nulidad absoluta del contrato. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

y de la Sección Tercer

del Consejo de Estado, el ejercicio de dicha potestad está autorizado en cualquier clase de proceso y no solamente en los contractuales, lo cual estaría indicando que no existe impedimento para que sea el juez de la acción popular quien la utilice, con mayor razón si dicho juez -como ocurre actualmente- es el mismo juez del contrato.

En el presente caso, la Sala se resistió a anular el acto bilateral de liquidación del contrato de prestación de servicios, que suscribió la Gobernación del Cesar con el señor Amadeo Tamayo Morón, argumentando que esa medida la debe adoptar el juez de las controversias contractuales, que, legalmente, es el mismo de la acción popular, tanto en primera como en segunda instancias.

Esta decisión, deja en entredicho la argumentación contenida en la providencia sobre la autonomía de la acción popular, frente a la acción contractual, porque no tienen sentido las vehementes afirmaciones de la sentencia, si al momento de tomar las decisiones correspondientes, el juez se inhibe de ponerlas en práctica.

A partir del análisis probatorio realizado en la sentencia, se concluye con certeza que la ejecución de este contrato violó normas de obligatorio acatamiento por la administración, además de que se pretendió favorecer al contratista, tanto en el momento de la celebración del contrato, como al momento de su liquidación, en detrimento de los derechos colectivos.

La prueba de los hechos, y el análisis de la misma, debió conducir a la Sala a declarar, la nulidad, por lo menos, del acta de liquidación bilateral, si otras circunstancias impedían similar declaración en relación con el contrato, pues sólo de esta manera adquiere sentido la acción popular frente a este tipo de actos.

Carece de todo sentido, lógico y jurídico que el juez -cualquier juez- tenga competencia legal para declarar la nulidad absoluta de un contrato -de cualquier contrato-, incluso si es un contrato privado celebrado entre particulares; que idéntica potestad tenga el juez administrativo respecto de los contratos estatales en cualquier tipo de proceso; pero que, paradójicamente, en el único proceso en que le está vedado el ejercicio de tal atribución sea en el que nace de la acción popular, en el cual se discuten intereses públicos a los que la Constitución y la ley les otorgó una naturaleza especialísima, los distinguió con unas características preponderantes y los garantizó con mecanismos que colocó por encima de otras garantías destinadas a proteger otro tipo de intereses públicos y de intereses privados.

A mi juicio, semejante conclusión nace de una consideración aislada y exegética de la ley que no atiende la concepción sistemática que asiste al ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de la postura asumida por la Sala, encuentro que la providencia dejó en una zona gris el acta de liquidación del contrato, porque ordenó su suspensión, pero no condicionó la permanencia de esta medida a la realización de alguna gestión o a la toma de alguna decisión.

¿Se debe suponer que esta medida queda supeditada a los resultados de la acción contractual, promovida por la Procuraduría General de la Nación, que se adelanta por estos mismos hechos?

¿Significa que si finalmente no se declara la nulidad del contrato, el acta de liquidación recobrará sus efectos finalizando la suspensión ordenada? ¿Porqué se reconoce entonces, un incentivo?

¿si no se declara la nulidad del contrato, como se pidió, al tiempo, la nulidad de la liquidación, significa que esta última dejó de amenazar los derechos colectivos? ¿o se trata, más bien, de una "suspensión definitiva" del acta de liquidación bilateral? ¿qué clase de suspensión es esa?

¿Cuando el juez de la acción popular decida, en el futuro, "suspender" los contratos porque los encuentra afectados de nulidad absoluta y amenazantes de un derecho colectivo, cuál debe ser la conducta de las entidades estatales contratantes? ¿y cuál la de los contratistas? ¿Qué pasa si la acción de nulidad absoluta ha caducado en los términos del art. 136 del CCA.?

Ahora, la sola posibilidad de que la acción contractual llegue a contradecir lo establecido argumentativa y probatoriamente en este proceso, hace pensar en la inutilidad de adelantar un proceso en ejercicio de la acción popular, si sus conclusiones no producirán efectos definitivos, como debe ser lo ideal, cada vez que se despliega el ejercicio de la función judicial.

Resultaría inaudito que en el proceso contractual se adoptara una conclusión diferente de la que se ha llegado aquí -¿podrá acaso el juez de la nulidad separarse de esta decisión?-, sólo que no fue declarada en la parte resolutive de la sentencia, por una especie pudor judicial.

Desde mi punto de vista se debió anular el acta de liquidación porque en este proceso quedó acreditada la grosera violación a los derechos colectivos, por parte de quienes suscribieron el negocio; luego, tampoco tiene sentido postergar la declaración de nulidad de la misma para una sentencia de una acción contractual que se dictará en el futuro, en la cual dicha nulidad no está pedida de modo independiente, de manera tal que queda supeditada a lo que se resuelva en relación con el contrato.

De otro lado, también quiero precisar mi pensamiento frente a algunos criterios expuestos en la sentencia, con base en los cuales se llegó a la conclusión de que el contrato celebrado y el acta de liquidación del mismo violan derechos colectivos.

Se concluyó en la providencia que el contrato de prestación de servicios se perfeccionó después de que se habían cumplido muchas de las actividades por las cuales se pretende reconocimiento

en el acta de liquidación que se cuestiona; por consiguiente tales reconocimientos no se podían hacer en el acta de liquidación del contrato, sin contravenir la ley.

Con este criterio la Sala reitera su jurisprudencia, según la cual la obtención del registro presupuestal es requisito de perfeccionamiento de los contratos, por aplicación del artículo 71 del decreto 111 de 1996, según el cual todo acto administrativo que involucre gastos requiere del correspondiente registro presupuestal para su perfeccionamiento.

Desde mi punto de vista, es cierto que el registro presupuestal es un requisito de perfeccionamiento de los contratos, pero no porque el contrato sea un acto administrativo, categorías jurídicas que en Colombia se deben diferenciar, por el distinto régimen jurídico que los cubre, sino porque el mandato del artículo 71 si bien hace referencia a actos administrativos, entiendo que su pretensión es cubrir todo tipo de actos -administrativos o contractuales- que involucren gastos; quizás por una impropiedad legal se habló de actos administrativos queriendo referirse a los "actos jurídicos", vocablo con el cual se definen los contratos estatales en el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

En otras palabras, el artículo 71 se aplica a todo acto jurídico que involucre gastos, y en ellos quedan incluidos los contratos, que son actos jurídicos celebrados por las entidades estatales.

Atentamente,

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

