REVISIÓN EVENTUAL DE ACCIÓN POPULAR – Necesidad de unificar la jurisprudencia / ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NULIDAD DEL CONTRATO – El juez de la acción popular no tiene la facultad de decretar la nulidad de contratos administrativos, aunque la acción se haya iniciado bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984 / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Teniendo en cuenta que para los casos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984 no existe la prohibición, que sí contempla la Ley 1437 de 2011 y que la jurisprudencia de esta Corporación no ha sido pacífica, como más adelante se explica, en lo que tiene que ver con la posibilidad de que el juez popular pueda anular contratos de la administración, cuando evidencia la vulneración de un derecho colectivo en las acciones populares iniciadas en vigencia del C.C.A, ni respecto de las medidas que se pueden tomar y su incidencia en las garantías o intereses colectivos, resulta necesario unificar la posición al respecto. Esto con el fin de determinar cuál es la tesis que debe seguir aplicándose a dichos procesos. (…) En criterio de la Sala Especial de Decisión, en las acciones populares iniciadas en vigencia del Decreto 01 de 1984 la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene facultad para decretar la nulidad de contratos administrativos que se consideren causa de la amenaza o violación de derechos colectivos. En estos casos, el juez tiene la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro de ello.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 3 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 88 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 121 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 123 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 230 / DECRETO 01 DE 1984 / LEY 472 DE 1998 – ARTÍCULO 2 / LEY 472 DE 1998 – ARTÍCULO 9 / LEY 472 DE 1998 – ARTÍCULO 34 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 140 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 144

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las facultades de la acción popular frente al medio de control de controversias contractuales, ver: Consejo de Estado, sentencia IJ del 9 de diciembre de 2003, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, radicación número 25000232600020021204-01(AP)IJ; Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, radicación número 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP-01588); Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, radicación número 16001 23 31 000 2005 02130 01 (AP), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Sección Quinta, sentencia del 6 de noviembre de 2013, radicación número 11001-33-31-022-2009-00363-01(AP)REV, C.P Dr. Alberto Yepes Barreiro (E).

ACCIÓN POPULAR – Carácter y fines / ACCIÓN POPULAR – Competencia funcional / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / El juez popular no tenía la facultad de declarar la nulidad de contratos estatales / ACCIÓN POPULAR / El juez posee la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer, diferente a la nulidad del contrato, con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados

[A]tendiendo aspectos tales como el carácter principal y fines diferentes de la acción popular respecto de las acciones ordinarias, el alcance y aplicación especial del principio de congruencia en esta clase de procesos y razones de seguridad jurídica y de orden procesal, la Sala considera que en el caso en que se

acredite la violación de la ley que configurara la nulidad del contrato y ello implique la vulneración de la moral administrativa u otra garantía colectiva, en vigencia del C.C.A el juez popular no tenía la facultad de declarar su nulidad. En cambio, poseía la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro. La Sala reconoce y destaca el importante avance de la jurisprudencia de la Corporación sobre la protección de la garantías populares; no obstante, considera que la interpretación de las nomas analizadas en precedencia es la que mejor se ajusta al objeto y fin de la acción popular prevista en la Ley 472 de 1998, para prevenir que en sede popular el operador judicial exceda el límite de su competencia funcional, en cuanto el propósito principal de la acción popular es la protección de los derechos colectivos no el determinar la legalidad de los contratos (…).

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 – ARTÍCULO 87 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 45 / LEY 472 DE 1998 – ARTÍCULO 11

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la caducidad en la acción popular, ver: Corte Constitucional, sentencia C- 215 de 14 de abril de 1999, M.P. Martha Sáchica de Moncaleano. Sobre la legitimación en la causa en la acción popular, ver: Corte Constitucional, sentencia C-221 del 14 de abril de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES - La calidad de accionista presupone la efectiva realización de un aporte al capital de la sociedad anónima o la adquisición de la acción por alguno de los modos consagrados en la ley / PATRIMONIO PÚBLICO – No se acreditó su afectación

En el contrato de suscripción de acciones la calidad de accionista presupone la efectiva realización de un aporte al capital de la sociedad anónima o la adquisición de la acción por alguno de los modos consagrados en la ley. En este caso, de la revisión del contenido del contrato elevado a la Escritura Pública No. 2635 de 1960, la Sala establece que ello tuvo lugar en este caso, toda vez que la participación económica del socio municipio de Pasto a la sociedad CENDENAR S.A se concretó en la trasferencia de los bienes inmuebles que conforman la Planta Hidroeléctrica del Río Bobo a cambio de $850.000 y de las 415.000 acciones de la sociedad. (…) [E]n el caso concreto no se probó de forma precisa que con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960 se hubiera afectado el patrimonio público del municipio de Pasto, conforme lo explicado en consideraciones anteriores, toda vez que: i) no se evidenció el incumplimiento por parte de CEDENAR S.A E.S.P al referido contrato, ii) el valor de las acciones de la sociedad se incrementó; iii) la disminución de la participación accionaria del ente territorial obedeció al aumento de ella por parte de la Nación; y, iv) no se acreditó que con la creación de la empresa SEPAL S.A para la prestación del servicio público de alumbrado se hubiera configurado vulneración o trasgresión a alguna garantía colectiva.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA DÉCIMA ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 52001-33-31-008-2008-00304-01(AP)REV

Actor: ALFREDO CANO CÓRDOBA

Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO (CEDENAR S.A E.S.P)

Tema: REVISIÓN EVENTUAL DE ACCIÓN POPULAR

Decide la Sala Diez Especial de Decisión de lo Contencioso Administrativo, la revisión de la sentencia de acción popular proferida el 4 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Nariño[1], mediante la cual desató el recurso de apelación interpuesto por Centrales Eléctricas de Nariño - CEDENAR S.A - E.S.P.[2] contra la providencia del 23 de julio de 2010, dictada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda[3].

I. ANTECEDENTES

La demanda[4].

1. El señor Alfredo Cano Córdoba instauró demanda en ejercicio de Acción Popular con el fin de obtener el amparo de los derechos colectivos: i) a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, ii) a la seguridad y salubridad públicas, iii) al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y, iv) al de los consumidores y usuarios. El actor popular pretende que se declare que CEDENAR incumplió las obligaciones establecidas en el contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de

---

[1] Folios 4-112

[2] De acuerdo con el certificado de la Cámara de Comercio que obra en los folios 46 y 47 del cuaderno 1, la sociedad se denominó posteriormente CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO SOCIEDAD ANÓNIMA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, con sigla CEDENAR S.A – E.S.P. En adelante CEDENAR

[3] Seleccionada mediante providencia de 17 de mayo de 2012, visible en los folios 206 a 221.

[4] El actor popular radicó la demanda de acción popular el 20 de octubre de 2008 (Folios 1 a 3 del cuaderno 3). Mediante escrito de 5 de noviembre de 2008 adicionó el hecho referido a la imposibilidad de creación del impuesto de alumbrado eléctrico por parte de los concejos municipales y distritales (folio 32 vuelto del cuaderno 3).

diciembre de 1960[5]; que se disponga la restitución a favor del municipio de Pasto de la propiedad sobre la planta hidroeléctrica municipal del río Bobo con la totalidad de bienes muebles e inmuebles que la constituyan y que se le ordene a la mencionada entidad territorial que continúe prestando el servicio público de alumbrado.

Hechos de la demanda[6].

2. Las anteriores pretensiones se fundan, en síntesis, en los siguientes hechos:

3. El municipio de Pasto y CEDENAR, celebraron un contrato elevado a la Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960, suscrita ante la Notaria Segunda de esa ciudad.

4. Las obligaciones principales se concretaron en la entrega por parte de la Empresa al municipio de Pasto de los títulos correspondientes a 415.000 acciones y el deber de suministrar el servicio de alumbrado público con cargo a las utilidades que se liquidaren a favor del municipio en su calidad de accionista. Como contraprestación, el ente territorial aportó al Fondo Social de la Empresa la totalidad de los bienes inmuebles, instalaciones, maquinaria, equipos y demás elementos que componen la planta hidroeléctrica del río Bobo, avaluados en $5.000.000.

5. CEDENAR nunca cumplió con su obligación de suministrar el alumbrado público a la ciudad de Pasto en las condiciones expresamente pactadas en el contrato y se excusó en que su actividad comercial no produce utilidades. La Empresa incluyó en su factura de cobro de energía un valor por alumbrado público en contravía de lo dispuesto por la jurisprudencia de esta corporación, según la cual las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden contener en sus facturas conceptos diferentes al precio del servicio o aquellos establecidos en el contrato de condiciones uniformes.

6. Según el informe de 4 de marzo de 2003, suscrito por el ingeniero eléctrico Jorge Darío Pérez López y remitido al alcalde de Pasto, la central de río Bobo siempre fue rentable y produjo suficiente energía para abastecer del doble de la

[5] Específicamente, en lo que tiene que ver con el suministro de alumbrado público a la ciudad de Pasto.
[6] Folios 1-3 del cuaderno 3

carga de alumbrado público.

7. Los hechos expuestos, según el actor popular, configuraron la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad pública, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a los derechos de los consumidores y usuarios, pues CEDENAR no suministró el alumbrado público en las condiciones pactadas, arguyendo que su actividad comercial no produjo utilidades y desde 1990 cobró ilegalmente el servicio al usuario.

Sentencia de primera instancia.

8. El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto profirió sentencia el día 23 de julio de 2010, por medio de la cual amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, de la siguiente manera[7]:

> **«PRIMERO.- AMPÁRANSE** los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados en los términos ya señalados en la parte motiva de esta sentencia, por el Municipio de Pasto, CEDENAR S.A y el Concejo Municipal de Pasto.
>
> **SEGUNDO.-** Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA lo siguiente:
>
> El Municipio de Pasto y CEDENAR S.A., adelantarán las actuaciones tendientes a liquidar el convenio plasmado en la Escritura 2.635 de 1960, lo que harán en un término máximo de seis meses, como fruto de esa liquidación:
>
> a) CEDENAR reconocerá al Municipio de Pasto en un plazo máximo de un mes siguiente a la liquidación, en forma indexada la cantidad de $5.000.000.oo, la suma insoluta se indexará aplicando para ello la siguiente fórmula:
>
> $$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$
>
> En la fórmula el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma de cinco millones de pesos, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la ejecutoria de esta sentencia) y el índice inicial (vigente para la fecha abril de 1960).
>
> b) Ahora, como la planta continuará en poder de CEDENAR, salvo que las partes, esto es CEDENAR y el Municipio de Pasto, determinen otra cosa en el acta de liquidación que se ha ordenado efectuar, CEDENAR pagará al Municipio de Pasto, en forma anual un porcentaje no inferior al 5% del activo total que posea la empresa en el corte que se efectúe cada año, lo que hará hasta que la Planta Hidroeléctrica del Río Bobo siga en poder de CEDENAR. Las anteriores sumas serán destinadas por el Municipio de Pasto, exclusivamente al mejoramiento del servicio de alumbrado público que presta la ciudad.

[7] Folios 735 - 791 del cuaderno 3

c) En la liquidación, las partes acordarán lo que sucederá en adelante con la prestación del servicio de alumbrado público y con las acciones que el Municipio de Pasto posee en CEDENAR.

[…]

CUARTO.- DECLARAR que se presentó carencia de objeto en cuanto al hecho invocado por el actor popular en la demanda que se refiere a la facturación de la tasa de alumbrado público, no obstante lo anterior, ADVERTIR a CEDENAR que en caso de que emitan nuevos actos administrativos que sirvan de soporte legal al "impuesto de alumbrado público", este cobro NO PUEDE INCLUIRSE EN LA FACTURA, salvo que utilice un formato adherido, separable de la factura, es decir, expida una factura que, contenga dos valores distintos a pagar, uno sin el pago de la contribución, y otro, separable en el que se incluye (sic) el valor de aquella dentro del monto a cancelar, dando así la posibilidad para que el usuario del servicio opte libremente por pagar o no la referida contribución, sin que el pago de la misma conlleve afectación alguna a la prestación del servicio domiciliario de energía.

QUINTO.- Confórmese un comité integrado por el actor popular, el Alcalde Municipal, un representante de CEDENAR, un representante de SEPAL, un representante del Concejo Municipal, la Personería Municipal de Pasto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Defensoría del Pueblo, que vigilarán el cumplimiento de la sentencia

SEXTO.- FÍJASE a favor del accionante Sr. ALFREDO CANO CORDOBA, por partes iguales, a cancelar entre el Municipio de Pasto y CEDENAR, a título de incentivo el quince por ciento (15%) del valor que CEDENAR pague al Municipio de Pasto con ocasión de lo ordenado en el literal a, numeral 2° de la parte resolutiva de esta providencia.

QUINTO.- (sic) **DENEGAR** las demás súplicas de la demanda.»

9. La Juez de primera instancia encontró probada la vulneración de los principios colectivos de moralidad administrativa y del patrimonio público por parte del municipio de Pasto. Para sustentar su decisión, indicó que CEDENAR incumplió la obligación principal de suministrar el servicio de alumbrado público a la ciudad, deber que adquirió a cambio del inmueble que recibió. Frente al municipio de Pasto, estableció que ese ente territorial omitió adelantar las gestiones pertinentes para finiquitar el negocio del que únicamente se benefició la Empresa. Finalmente, encontró que el concejo de Pasto autorizó la creación de la empresa SEPAL que debía servir a un objetivo para el cual ya existía convenio.

Recursos de apelación.

10. **CEDENAR S.A. E.S.P** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia para que se revoque en su totalidad.[8]

[8] Folios 798 - 814 del cuaderno 3

11. La Empresa adujo que no vulneró alguna garantía colectiva, específicamente la que tiene que ver con la defensa del patrimonio público, pues sometió su conducta a las leyes que le son aplicables y a las decisiones tomadas por el municipio y el concejo de Pasto y SEPAL S.A. Agregó que si bien por varios años sus ejercicios contables registraron pérdidas, ello se debió a las condiciones adversas del mercado que maneja y que en todo caso, el ente municipal puede enajenar o disponer de las acciones que posee en la Empresa.

12. Considera que del contenido del contrato de suscripción de acciones elevado a la Escritura Pública No. 2635 del 5 de diciembre de 1960, se desprende que el municipio de Pasto y CEDENAR adquirieron diversos compromisos. A cargo de esta última se establecieron los de entregar al municipio los títulos correspondientes a 415.000 acciones y a cancelar las obligaciones que tenía el municipio con diferentes entidades bancarias en cuantía de $850.000. En contraprestación, el municipio se obligó a aportar al fondo social de CEDENAR la totalidad de los bienes inmuebles, instalaciones, maquinaria, equipos y elementos de la Planta Hidroeléctrica Municipal del río Bobo, es decir, que pagó en especie las acciones, de forma que el bien pasó a ser de propiedad de la Empresa.

13. Explicó que el referido vínculo contractual se dio en vigencia de la Constitución de 1886 y que con ocasión de la expedición de la nueva Carta de 1991 y de la Ley 142 de 1994, surgió para el municipio la obligación de crear una nueva empresa para cumplir el cometido estatal del alumbrado público. De esta forma, el compromiso de prestar ese servicio dejó de ser una obligación civil para tornarse en una meramente natural. Agregó que en virtud de disposiciones administrativas del municipio y del concejo de Pasto, tal deber pasó a la Empresa de Servicio Público de Alumbrado - SEPAL S.A.

14. Aseguró que se le condenó a pagar $5.000.000 de forma indexada a favor del municipio de Pasto, suma que equivale a $8.710.000.000. De esta forma, se le obligó cancelar nuevamente el valor de la planta como si el municipio la vendiera en este momento, pese a que en la sentencia se reconoció que ella pertenece a la Empresa. Agregó que al mismo tiempo y de forma contradictoria, se dispuso que el municipio de Pasto conserva las acciones y, por tanto, sigue como socio de la electrificadora y acreedor del 5% del activo total que posea la Empresa con el corte que se efectúe cada año.

15. Alegó que tal como se dispuso en la sentencia de primera instancia, la condena asciende por ambos conceptos a $9.581.679.274, suma que en un solo año supera en más de 4 veces el valor de la planta de río Bobo que es de $2.066.674.285.93.

16. Indicó que, en el año 1960, CEDENAR realizó la compra parcial de la planta, bien que en todo caso es susceptible de depreciación. Puntualizó que, si el pago de las acciones hubiera sido en dinero, al tomar los mismos $5.000.000, esa suma equivaldría a $8.710.000.000, valor que, si bien es inferior a la condena impuesta, resulta superior a las utilidades que obtuvo la Empresa durante los años 2008 y 2009. Tal hecho conlleva una desventaja y desigualdad frente a los demás accionistas, genera un enriquecimiento sin causa para el municipio y la pone en situación de inviabilidad financiera.

17. Alegó que el juez de instancia ordenó la liquidación del contrato de suscripción de acciones y la restitución del bien aportado, disposiciones que son propias de una declaración judicial de nulidad. Lo anterior a pesar de que el contrato no reviste alguna irregularidad que la amerite, máxime cuando en este caso, cualquier irregularidad –que no la hay– quedó saneada por prescripción extraordinaria en los términos del artículo 1742 del Código Civil.

18. **El municipio de Pasto** interpuso recurso de apelación[9] pues no está de acuerdo con la sentencia en cuanto incluyó al ente territorial como responsable de la vulneración de los derechos colectivos. Alegó que CEDENAR S.A E.S.P. es la única que se ha aprovechado del contrato de suscripción de acciones, en virtud del cual el municipio entregó la Hidroeléctrica del río Bobo sin recibir nada a cambio, pues ni siquiera mantuvo el porcentaje accionario en la sociedad el que a la fecha no representan ni siquiera el 1%. Pide que se guarde el equilibrio contractual, de manera que se le ordene a CEDENAR que cumpla a cabalidad con el contrato o lo liquide.

19. Además, considera que: i) el porcentaje que CEDENAR debe pagar al municipio de Pasto no debe ser inferior al 20% de los ingresos brutos que genera la hidroeléctrica desde que entró a operar la Empresa SEPAL, ii) no hay lugar a la disminución del porcentaje accionario que el municipio de Pasto adquirió en 1960

[9] Folios 858 vuelto- 859 vuelto

y, iii) el principal obligado a la prestación del alumbrado público es CEDENAR, quien es la única que debe ser condenada a pagar el incentivo.

20. **SEPAL S.A** interpuso recurso de apelación[10] con el propósito de que se revoque el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia que se refiere a la facturación del Impuesto de Alumbrado Público, pues la retribución por la prestación de ese servicio es necesaria, justa y proporcional al servicio que como empresa de economía mixta y en virtud de un contrato de concesión ha prestado con una debida administración del recaudo.

21. **El accionante** presentó apelación adhesiva[11] para que se que se adicione la sentencia de primera instancia y se disponga que CEDENAR reintegre al municipio de Pasto la suma de $7.439.949.404 que recibió en el año 2003 con ocasión del acuerdo conciliatorio que celebró con ese ente territorial dentro de un proceso ordinario que se adelantó en su contra ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto en el que la Empresa le cobró el servicio de energía.

22. Agregó que la referida suma fue pagada con los recursos que destinó la Nación para cubrir el valor del servicio de energía para los años 1960 hasta junio de 2002, incluido el alumbrado público.

Sentencia de segunda instancia.

23. El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia proferida el 4 de mayo de 2011[12], adicionada el 8 de junio del mismo año[13], al resolver los recursos de apelación interpuestos contra la decisión inicial, modificó los numerales primero, segundo y quinto del fallo de primera instancia, en los siguientes términos:

> **«PRIMERO.-** Amparar los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados en los términos señalados en la parte resolutiva de esta sentencia por el Municipio de Pasto y la Empresa Centrales Eléctrica de Nariño S.A.- CEDENAR S.A E.S.P.
>
> **SEGUNDO-** En orden a la protección de los derechos e intereses colectivos vulnerados se dispone:

---

[10] Folios 860 - 862
[11] Folios 886 - 892
[12] Folios 4 - 111
[13] Folios 133 - 139, en la que dispuso condenar en costas a las entidades accionadas.

a) Déjase (sic) sin efectos la cláusula duodécima de la Escritura Pública 2635 de 5 de diciembre de 1960 de la Notaría Segunda de Pasto.

b) Ordénase (sic) a la Empresa Centrales Eléctrica de Nariño S.A – CEDENAR S.A E.S.P, que en el término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, restituya al Municipio de Pasto el valor de adquisición de las 415.000 acciones debidamente indexado desde el 1 de enero de 1961 y hasta la ejecutoria de este fallo, con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor de adquisición de las 415.000 acciones, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la ejecutoria del fallo y el índice inicial, vigente a 1 de enero de 1960.

c) Ordénase (sic) a la Empresa Centrales Eléctrica de Nariño S.A – CEDENAR S.A E.S.P. que dentro del término antes señalado pague al Municipio de Pasto el interés legal que se liquide sobre el valor de adquisición de las 415.000 acciones, desde el 1 de enero de 1961 y hasta la ejecutoria de este fallo. (…)

d) Tan pronto el Municipio de Pasto reciba el pago de las sumas de dinero que se liquiden por los conceptos anteriores, hará devolución de las 415.000 acciones a la Empresa Centrales Eléctricas de Nariño S.A – CEDENAR S.A E.S.P.

e) El Municipio de Pasto destinará las sumas de dinero que reciba por los conceptos anotados, a la prestación del alumbrado público en el Territorio Municipal.

QUINTO.- Conformáse (sic) un comité integrado por el actor popular, el Alcalde Municipal de Pasto, el representante legal de la Empresa Centrales Eléctrica de Nariño S.A – CEDENAR S.A E.S.P., el Personero Municipal de Pasto y el Defensor del Pueblo Regional Nariño, con el objeto que verifique el cumplimiento de esta Sentencia. La secretaría enviará los oficios correspondientes.

SEGUNDO- Revocar los numerales tercero, cuarto y sexto del fallo apelado.»

24. El tribunal encontró acreditado que mediante la Escritura Pública No. 2635 de 5 de diciembre de 1960, CEDENAR S.A. E.S.P. y el municipio de Pasto celebraron un acuerdo en orden a que se prestara el servicio de alumbrado público en el referido ente territorial. Para el efecto, el municipio se obligó a entregar la Planta Hidroeléctrica a CEDENAR, erigiéndose, igualmente, en uno de sus accionistas. Luego de analizar las pruebas allegadas al trámite constitucional, encontró que las partes incurrieron en incumplimiento contractual. Para sustentar su decisión, expuso, en resumen, las siguientes razones:

25. Consideró que Centrales Eléctricas de Nariño S.A E.S.P incumplió la obligación contenida en la cláusula duodécima[14] de la Escritura Pública No. 2635 de 5 de diciembre de 1960 de la Notaría Segunda de Pasto, toda vez que: i) si bien prestó el servicio de alumbrado público en la ciudad de Pasto entre los años 1960 a 2003, lo hizo de manera deficiente y reclamó el pago de esa prestación al municipio de Pasto o lo obtuvo de los usuarios, contraviniendo lo estipulado en el referido acuerdo y, ii) a partir de enero de 2004 dejó de suministrar definitivamente el alumbrado, época a partir de la que el servicio fue asumido por la Sociedad de Servicio Público de Alumbrado de Pasto S.A – SEPAL S.A, entidad que se creó por las deficiencias en la prestación por parte de la demandada.

26. Frente a la administración municipal de Pasto, dijo que su conducta omisiva frente al incumplimiento contractual de la Empresa constituye infracción de las competencias administrativas que el ordenamiento jurídico le otorgó en materia de contratación estatal, específicamente la de exigir al contratista la prestación debida y la ejecución idónea de sus obligaciones.

27. Aseguró que el referido incumplimiento es violatorio de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público. Frente a ello, adujo que no es de recibo la justificación esgrimida por CEDENAR S.A E.S.P., según la cual solamente produjo utilidades a partir de 2008 y que, al trasladar la obligación de pagar el suministro de energía eléctrica para el alumbrado público al municipio de Pasto, por mandato legal, no violó algún derecho colectivo.

28. Dedujo de la prueba testimonial practicada que desde que se le transfirió la hidroeléctrica del río Bobo, la empresa demandada ha utilizado la energía eléctrica que genera para atender el servicio que presta a sus diferentes usuarios con márgenes de ganancia considerables. Tales utilidades han sido invertidas en infraestructura o destinadas al cumplimiento de una función social a cargo del Estado, amén de que ha sufrido pérdidas por uso fraudulento del servicio.

29. Indicó que CEDENAR S.A E.S.P. tenía la obligación de ejercer la vigilancia y control del servicio para evitar su uso fraudulento, de manera que no puede hacer partícipe al municipio de las consecuencias de su omisión. Agregó que, en todo

[14] La cláusula duodécima contiene la obligación a cargo de CEDENAR de suministrar el servicio de alumbrado público a la ciudad de Pasto, a las tarifas que al efecto fije el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquidaron a favor del municipio en su carácter de accionista.

caso, su comportamiento desconoce el principio de buena fe contractual porque inicialmente prestó de manera deficiente el servicio para el cual fue contratada y reclamó y obtuvo su pago del municipio o de los usuarios pese a que debió deducirlo de sus ganancias.

30. Agregó que el incumplimiento de CEDENAR, a su vez, generó la necesidad de creación de una nueva empresa que se encargara de la prestación del servicio público de alumbrado; sin embargo, estableció que la creación de SEPAL S.A obedeció a lo que establece el numeral 6 del artículo 313 de Constitución Política, de manera que no devino en ilegal.

31. Finalmente, la Sala observa que, mediante providencia de 8 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Nariño adicionó la sentencia en el sentido de condenar al Municipio de Pasto y a la Empresa CEDENAR S.A. E.S.P. al pago de las costas procesales.

II. REVISIÓN EVENTUAL

Solicitud e insistencia de revisión eventual.

32. Dentro del término legal, el 25 de mayo de 2011, CEDENAR S.A. ESP solicitó y sustentó su pretensión de revisión eventual[15].

33. La Empresa demandada alegó la inexistencia de jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los siguiente temas: i) restricciones a los jueces de acciones populares en el marco de contratos estatales cuando los términos de prescripción y caducidad se encuentran vencidos, ii) posibilidad de los jueces en acciones populares de tomar medidas confiscatorias, de restitución y compensación sobre bienes de propiedad privada y; iii) la posibilidad de que las empresas de servicios públicos puedan hacer operaciones de reinversión de las utilidades de sus socios, en la expansión de redes y del servicio, frente a los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa.

34. La anterior petición fue denegada por esta Corporación mediante providencia de fecha 7 de diciembre de 2011,[16] bajo la tesis de que los argumentos que la sustentaron no tenían relación con alguna causal de revisión eventual, más bien

[15] Folios 113 - 126
[16] Folios 164 - 178

concernían a las consecuencias de los fallos proferidos en el asunto y a la particularidad del caso concreto, de suerte que lo que se pretendía era acceder a una tercera instancia.

35. La parte demandada insistió en su solicitud de revisión[17]. En esta oportunidad, sostuvo que esta Corporación ha expuesto al menos tres criterios en torno a la posibilidad que tiene el juez de la acción popular para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal.

36. A saber: i) tesis restrictiva, ii) intermedia y, iii) amplia. La primera reconoce el carácter principal de la acción popular pero aclara que por esta vía no se puede decidir sobre la legalidad de un contrato público, toda vez que éste es un asunto reservado a la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A[18]. La segunda, es decir, la tesis intermedia, se presenta cuando otros jueces distintos del juez popular hayan avocado el conocimiento de la acción contractual, evento en el que el fallador puede ordenar la suspensión de la ejecución del contrato hasta que se defina su legalidad. Finalmente, la tesis amplia admite la posibilidad de analizar la legalidad del contrato estatal, cuando éste vulnere o amenace algún derecho colectivo con el exclusivo fin de procurar su protección.

37. Dijo que en caso de aceptarse la tesis de que el juez popular puede anular de oficio un contrato estatal en sede popular y adoptar decisiones restitutorias, el Consejo de Estado también debe unificar la jurisprudencia en orden a establecer los límites del operador judicial en aquellos eventos en que haya trascurrido el término de prescripción extraordinaria, otrora de 20 años hoy de 10 años, pues tal fenómeno sanea cualquier vicio que pudiera tener el contrato.

38. Frente a este tópico, adujo que la jurisprudencia ha tomado distintas decisiones, esto es, que el juez popular: i) no puede anular el contrato de oficio cuando haya operado el fenómeno de la prescripción extraordinaria porque se entiende saneado cualquier vicio de nulidad con independencia de que por cuenta del vicio se vulneren intereses y derechos, ii) no puede avalar ilicitudes sobrevinientes de manera que puede anular, a petición de parte o de oficio, con independencia del plazo de su vigencia, inclusive después de terminado este y, iii) puede anular un contrato que amenace o vulnere derechos colectivos sin alguna cortapisa.

---

[17] Folios 179 - 195

[18] Hoy artículo 141 del CPACA que establece el medio de control de controversias contractuales.

39. El recurrente también invocó la necesidad de fijar un criterio unívoco en torno a la posibilidad de que una empresa de servicios públicos que administre mayoritariamente recursos del Estado reparta utilidades para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o si, por el contrario, debe destinar sus excedentes o parte de ellos a mejorar su cobertura y prestación eficiente del servicio.

Selección para revisión eventual.

40. La Sección Segunda del Consejo de Estado, antes de la creación de las Salas Especiales de Decisión al interior de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante providencia del 17 de mayo de 2012[19] halló procedente seleccionar para revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, conforme al artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, en consideración a que el demandante describió diversas líneas jurisprudenciales que a su juicio resultaban disímiles relacionadas con la posibilidad de declaración de nulidad de contratos estatales y los efectos de esa determinación en los casos en que haya trascurrido el término de prescripción extraordinaria. Esto último porque la configuración de tal fenómeno implicaría tener por saneado cualquier vicio que tuviera el contrato estatal.

41. Consideró la Sala, en su momento, que el tema de la posibilidad de declarar la nulidad de contratos estatales a través de la acción popular ha presentado diferentes tratamientos y generado diversas posturas al interior de la Corporación, de la administración y de la academia, razón por la cual y en consonancia con la especial protección constitucional y legal de que gozan los derechos colectivos, era procedente efectuar un análisis *«en torno a las medidas idóneas para su protección y los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico para efectivizarlas»*.

42. En similar sentido, indicó que se debía fijar un criterio unívoco en torno a las facultades del juez popular para declarar la nulidad de los contratos y las consecuencias derivadas de esas decisiones.

43. Adujo que, en el marco específico de esta acción constitucional, admitiendo la tesis según la cual bajo esta misma cuerda procesal puedan anularse contratos, el Consejo de Estado no había tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de

[19] Folios 206 - 221

esa posibilidad cuando se solicita la protección de derechos colectivos cuya amenaza o vulneración tiene origen en la actividad contractual, pero ha trascurrido el término de la prescripción extraordinaria.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

44. La Sala Diez (10) Especial de Revisión, con fundamento en lo dispuesto en el Acuerdo No. 080 del 12 de marzo de 2019, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, profiere sentencia en la que decide el mecanismo de revisión eventual. La solicitud la presentó la empresa demandada respecto de la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño, expedida el 4 de mayo de 2011 y adicionada el 8 de junio del mismo año.

2. Revisión eventual.

45. El mecanismo de revisión eventual en materia de acciones populares fue creado por la Ley 1285 de 2009. La norma, a través de su artículo 11, adicionó el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en los siguientes términos:

> *«**Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios.***
>
> *En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia[20].*
>
> *La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de*

[20] Inciso 1o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-713-08 de 15 de julio de 2008, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, '... en el entendido de que es una competencia adicional y que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión'.

cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella.

PARÁGRAFO 1o. La ley podrá disponer que la revisión eventual a que se refiere el presente artículo también se aplique en relación con procesos originados en el ejercicio de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esos casos la ley regulará todos los aspectos relacionados con la procedencia y trámite de la revisión eventual, tales como la determinación de los plazos dentro de los cuales las partes o el Ministerio Público podrán elevar sus respectivas solicitudes; la insistencia que pueda presentarse respecto de la negativa de la selección; los efectos que ha de generar la selección; la posibilidad de que la revisión eventual pueda concurrir con otros recursos ordinarios o extraordinarios[21]*.*

PARÁGRAFO 2o. La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.»

46. En tales condiciones, el mecanismo de revisión eventual tiene como objetivo unificar la jurisprudencia en los procesos de acciones populares y de grupo por lo que esta Corporación se encuentra facultada para elegir, o no, para selección las providencias -autos o sentencias- que finalicen el proceso. Lo anterior, según el tema y con el fin de que se apliquen las mismas directrices en casos que compartan iguales supuestos facticos y jurídicos.

47. La Ley 1437 de 2011 mantuvo el mecanismo de revisión eventual y plasmó dicho propósito de forma más clara en su artículo 272, así:

«La finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.»

48. El referido Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante sus artículos 271, 273 y 274 reguló la procedencia y los aspectos de trámite y competencia. La misma norma en su artículo 270 estableció que la sentencia que decide sobre la providencia seleccionada para revisión tiene el carácter de sentencia de unificación, en los siguientes términos:

---

[21] Parágrafo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-713-08 de 15 de julio de 2008, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, '... en el entendido de que se trata de una competencia adicional del Consejo de Estado, de que la eventual revisión es contra sentencias o providencias que pongan fin a un proceso, proferidas por los tribunales administrativos, para unificar la jurisprudencia, y de que no impide la interposición de la acción de tutela'.

«Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial
Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.»

49. En este orden, se tiene que la revisión eventual procede respecto de providencias y sentencias en firme, sobre las cuales se han agotado las correspondientes instancias; sin embargo, conforme al criterio de esta Corporación[22], no constituye una tercera instancia, toda vez que cuando el Consejo de Estado conoce del mecanismo de revisión eventual no actúa como juez de instancia, sino como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3. Problemas jurídicos.

50. De acuerdo con el objeto de la solicitud de revisión y con lo determinado en el auto que seleccionó la sentencia dictada el 4 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Nariño, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: i) Determinar la procedencia de anular un contrato administrativo mediante la acción popular cuando es la causa directa de violación o amenaza de un derecho colectivo. En caso afirmativo: ii) establecer las consecuencias derivadas de ello y, iii) la procedencia de declaración de nulidad absoluta de un contrato estatal vigente frente al cual haya operado el fenómeno de la prescripción extraordinaria. Definido lo anterior, en el caso concreto la Sala establecerá si los demandados violaron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público con ocasión del contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960 y si debe mantenerse la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

51. Con el propósito de resolver los interrogantes planteados, la Sala se referirá a los siguientes temas: previa y brevemente, al origen de la acción popular,

---

[22] Sobre el alcance, finalidad y requisitos del mecanismo de revisión eventual pueden consultarse las siguientes providencias de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación : i) sentencia del 1.º de diciembre de 2015, Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), ii) sentencia del 8 de octubre de 2013 Radicación número: 08001-33-31-003-2007-00073-01(AP)REV y iii) sentencia del 3 de septiembre de 2013 Radicación número: 17001-33-31-001-2009-01566-01(IJ).

naturaleza y fines según su consagración constitucional y legal; seguidamente, observará que el artículo 144 del CPACA consagra que la protección de los derechos e intereses colectivos puede demandarse cuando su transgresión provenga de la actividad de una entidad pública, *«sin que pueda el juez anular»* el contrato; luego, expondrá el tratamiento jurisprudencial sobre la posibilidad de anular un contrato administrativo mediante la acción popular en vigencia del Decreto 01 de 1984; después, establecerá la necesidad de unificación sobre el tema y; posteriormente, determinará el criterio de unificación jurisprudencial a adoptar.

52. Para sustentar la tesis jurisprudencial que sostendrá, la Sala estudiará lo siguiente: i) el alcance de la acción popular frente a la nulidad del contrato estatal en vigencia del C.C.A, ii) el carácter principal y fines diferentes de la acción popular respecto de las acciones ordinarias, iii) el alcance y aplicación especial del principio de congruencia en las acciones populares, iv) indicará el argumento de seguridad jurídica de la posición y, v) expondrá razones que se relacionan con aspectos procesales. Finalmente, en el marco anterior se resolverá el caso concreto en el que se hará una breve referencia jurisprudencial al contrato de suscripción de acciones.

4. Origen de las acciones populares

53. Los derechos colectivos tienen su origen en el derecho romano y su protección en el ordenamiento jurídico colombiano fue dispuesta desde antes de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 472 de 1998.

54. En efecto, con anterioridad a la expedición de esas normas, la acción popular estaba regulada en disposiciones del Código Civil frente a algunos bienes jurídicos y derechos colectivos. Ese estatuto establece la protección de bienes de uso público en sus artículos 1005, 1006, 1007, 2358 y 2360.

55. Otros antecedentes de las acciones populares se encuentran en el Decreto 3307 de 1963[23]: artículo 1.°[24]; Ley 23 de 1973[25]: artículo 2.°[26]; Decreto 2303 de

[23] «Por el cual se toman medidas sobre monopolios y precios»
[24] Artículo primero. El Artículo primero de la Ley 155 de 1959 quedara así: "Artículo 1º Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o

1989[27]: artículo 118[28]; Decreto 2811 de 1974[29]; Decreto Ley 346 de 1982[30] y Ley 9 de 1989[31]: artículo 8[32].

5. Naturaleza y fines de las acciones populares según su consagración constitucional y legal

56. La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, entre los varios cambios sustanciales que introdujo, estableció en su artículo 88, el mandato de regulación legal para la protección de los derechos e intereses colectivos, así:

> *«La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*
> *[…]».*

57. En desarrollo de la anterior disposición, se promulgó la Ley 472 de 5 de agosto de 1998, que reguló el trámite de la acción popular, de naturaleza pública,

---

servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

[25] «Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y protección al medio ambiente y se dictan otras disposiciones.»

[26] «Art. 2. El medio ambiente es un patrimonio común; por lo tanto su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública, en las que deberán participar el Estado y los particulares. Para efectos de la presente Ley, se entenderá que el medio ambiente está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables.»

[27] «Por el cual se crea y organiza la jurisdicción agraria»

[28] «ARTICULO 118. ACCION. El ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público que hacen parte de aquél, podrán ser definidos judicialmente por cualquier ciudadano contra actos o hechos humanos que les causen o puedan causar deterioro, si el asunto no es de competencia de la administración, mediante la acción popular consagrada en los artículos 1005, 2359 del Código Civil, especialmente en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1973. Esta acción se podrá ejercer en cualquier tiempo y estará encaminada a conseguir la prevención del daño, su reparación física o su resarcimiento, o más de uno de estos objetivos.»

[29] «Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

[30] «Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones.»

[31] por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.

[32] «Artículo 8º.- Los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios.
El incumplimiento de las órdenes que expida el juez en desarrollo de la acción de que trata el inciso anterior configura la conducta prevista en el artículo 184 del Código Penal de "fraude a resolución judicial.
La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil podrá interponerse en cualquier tiempo, y se tramitará por el procedimiento previsto en el numeral 8 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil.

preventiva y restitutoria. Con tal objeto, el artículo 2º de la referida normativa determinó:

> *«Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.*
>
> *Las acciones populares 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.»*

58. De conformidad con la disposición trascrita, la acción popular es un medio procesal, una garantía de los bienes jurídicos colectivos enunciados por el Constituyente y de aquellos que el legislador establezca. Esa visión, en el estado actual de evolución del derecho, tal como lo advirtió la Corte Constitucional en la Sentencia C-630 de 2011, implica admitir que la acción popular es, además, un derecho político, constitucional y fundamental, que atiende al deber de solidaridad en que se funda el Estado colombiano conforme al artículo 1º de la Constitución Política de 1991.

6. Contenido de la sentencia.

59. La exposición de motivos de la Ley 472 de 1998, muestra que la norma surgió de la necesidad de dotar de una herramienta jurídica adecuada y eficaz de protección de los derechos en intereses colectivos. Allí se indicó que las acciones populares proceden contra acciones u omisiones de autoridades públicas y de particulares que amenacen o causen agravio a las garantías colectivas. También se hizo particular énfasis en los intereses colectivos y en los aspectos procesales de esa acción, tales como la legitimación, el contenido y los efectos de la sentencia.

60. Frente a este último tema, los antecedentes de la norma indican que el querer del legislador respecto del contenido de la sentencia que decida las acciones populares fue el de dotar al operador judicial de amplias facultades para proteger los derechos colectivos, de forma que pueda *«disponer, entre otras, el pago de una suma de dinero por parte del condenado o vencido en juicio. Esta suma no es a título de indemnización de perjuicios como en el caso de la acción de grupo, sino que se destina a elaborar o destruir las obras correspondientes, según el caso, y*

en general la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo»[33].

61. A partir de lo anterior, el debate que se dio en el legislativo se centró en el contenido indemnizatorio de la acción popular. Ello se establece del informe que presentó la Comisión Accidental en sesión ordinaria del Senado del 16 de diciembre de 1997 sobre las objeciones del Ejecutivo[34], en cuya acta se plasmó que: *«las acciones, casi todas, buscan prevenir y/o reparar, y las reparatorias pueden conducir a hacer algo, para que las cosas vuelvan a su estado anterior, por ejemplo, o a obligar a alguien a indemnizar los perjuicios causados. Así debe ser porque el daño al derecho admite categorías que conducen a tales eventos […] Si no aceptamos la acción popular de contenido indemnizatorio, la destrucción del interés colectivo noreponible (sic) quedaría sin sanción, […]. El interés colectivo es de muchos, cuando no de todos, pero no hay alguien en particular legitimado para ser titular único de la indemnización derivada de su destrucción total o parcial; por eso desde que se conocen las acciones populares en Colombia se prefiere que sea el Estado, quien reciba la indemnización y la devuelva en servicios y acciones públicas a esos múltiples titulares.»*

62. En lo que tiene que ver con el tema que interesa al asunto, es decir, la forma en que se debían disponer u ordenar las conductas para que las cosas volvieran al estado anterior, se observa que ello no fue definido en los debates que se surtieron con posterioridad en la Cámara de Representantes para decidir sobre las proposiciones de modificación respecto de criterios de interpretación y aspectos procesales frente al Proyecto Unificado sobre Acciones Populares y de Grupo Nos. 05, 24 y 84 de 1995[35]. En resumen, la Sala observa que el legislador no precisó ni definió el aspecto analizado, de manera que quedó abierta la forma de disponer el amparo de las garantías colectivas por parte de los operadores judiciales.

7. El artículo 144 del CPACA consagra que la protección de los derechos e intereses colectivos puede demandarse cuando su transgresión provenga de la actividad de una entidad pública, *«sin que pueda el juez anular»* el contrato.

---

[33] Proyecto de Ley No. 005/95 Cámara, publicado en la Gaceta No. 207 de 1995.
[34] Publicado en la Gaceta No. 554 de 1997.
[35] Gaceta Nos. 253 de 1996, 11, 167, 244, 284, 340, 450 y 554 de 1997 y 158 de 1998.

63. La Sala recuerda que el debate jurisprudencial que originó la selección de este asunto se presentó en vigencia del Decreto 01 de 1984. En este orden, las reglas de unificación que se establecen en esta oportunidad solo serán aplicables a aquellos casos que se iniciaron antes del 2 de julio de 2012, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, norma que zanjó en forma definitiva la discusión sobre el asunto, en el sentido de negar la posibilidad de decretar la nulidad del contrato, sin perjuicio de que el juez popular pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

64. En efecto, la Sala observa que el inciso segundo del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011[36] determinó que, para la protección de los derechos o intereses colectivos, cuando su trasgresión proviene de un contrato o acto administrativo, el juez popular puede adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración, sin que en uno u otro evento tenga la facultad de declarar la nulidad del acto o del contrato.

65. La prohibición legal de anular el acto o contrato en sede de protección de derechos colectivos establecida en el CPACA fue declarara exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 2011, al decidir la acción de inconstitucionalidad contra algunas expresiones contenidas en los artículos 140 y 144 de la Ley 1437 de 2011. En esa oportunidad, la Corte estableció que resulta válido que el legislador, en el ejercicio legítimo de su amplia facultad de configuración normativa, haya impuesto tal prohibición en cuanto armoniza la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración y determina para ello las correspondientes acciones contencioso administrativas, lo que se ajusta a los artículos 29 y 229 de la Constitución Política.

66. En el mismo sentido, la Sección Tercera, Subsección A de esta Corporación determinó que tal prohibición legal se estableció expresamente para los casos iniciados a partir de la vigencia de la Ley 1437 de 2011 y que aquellos iniciados con anterioridad deben guiarse por las normas vigentes al momento de su

---

[36] El artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

radicación y por la jurisprudencia que las interpretó[37]. Posición que fue reiterada en reciente sentencia por esa misma Subsección A[38], así:

> *«19. Es por ello que la ley 1437 de 2011 prevé que la acción popular procede contra actos administrativos y contratos, y si bien el juez no los puede anular, sí puede adoptar otras medidas para evitar la amenaza o la violación del derecho, con la advertencia de la Subsección A de que esta norma no es aplicable a procesos iniciados con anterioridad al 2 de julio de 2012, toda vez que, según lo dispone el inciso tercero del artículo 308 ibidem, las demandas y los procesos que estuvieran en curso al momento de entrada en vigencia de la ley, continuarán cobijados bajo el régimen jurídico anterior, como ocurre en el caso en estudio. […]».*

67. Teniendo en cuenta que para los casos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984 no existe la prohibición, que sí contempla la Ley 1437 de 2011 y que la jurisprudencia de esta Corporación no ha sido pacífica, como más adelante se explica, en lo que tiene que ver con la posibilidad de que el juez popular pueda anular contratos de la administración, cuando evidencia la vulneración de un derecho colectivo en las acciones populares iniciadas en vigencia del C.C.A, ni respecto de las medidas que se pueden tomar y su incidencia en las garantías o intereses colectivos, resulta necesario unificar la posición al respecto. Esto con el fin de determinar cuál es la tesis que debe seguir aplicándose a dichos procesos.

8. Tratamiento jurisprudencial sobre la posibilidad de anular un contrato administrativo mediante la acción popular cuando es la causa directa de violación o amenaza de un derecho colectivo en vigencia del C.C.A.

68. La Sala recuerda que, en una primera etapa de la jurisprudencia, comprendida entre la expedición de la Ley 472 de 1998 y el año 2003, de forma mayoritaria pero no unificada se negó la posibilidad de estudiar la legalidad de los contratos estatales a través de la aludida acción constitucional[39].

69. En la sentencia de 17 de junio de 2001[40], la Sección Tercera de esta Corporación en sede popular llegó a la conclusión de que la administración lesionó la moralidad administrativa al tomar la decisión de construir un estadio en zona de

---

[37] Consejo de Estado, Sentencia de 10 de marzo de 2016, C.P Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 54001-23-33-000-2012-00131-01(AP).
[38] Sentencia de 5 de marzo de 2021, C.P Dr. José Roberto Sáchica Méndez. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00441-01(AP).
[39] Criterio expuesto, entre otras, en las siguientes sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado: i) 23 de marzo de 2000, C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, Expediente AP-025, ii) 25 de enero de 2001, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Expediente A P-156, iii) 3 de abril de 2001, Expediente AP-0089, iv) 5 de julio de 2001, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Expediente: AP-068 y; v) Sentencia de 4 de abril de 2002, Expediente AP-897.
[40] Sentencia de 6 de marzo de 2021, C.P Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez Expediente AP-166

riesgo volcánico bajo y medio, y que, como consecuencia de ello, se puso en peligro de forma arbitraria el derecho colectivo a la seguridad pública y, sin analizar la legalidad del contrato, ordenó la suspensión de esa obra.

70. La misma Sala, en sentencia de 6 de septiembre de 2001[41], 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.»*

71. El argumento que sustentó tal posición consistió en que el artículo 87 del C.C.A. consagra otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual y, en consecuencia, le corresponde al juez natural de conocimiento resolver el asunto. Se destaca que en ese periodo todas las Secciones de esta Corporación tenían competencia para resolver procesos relacionados con acciones populares, sin distinguir los derechos colectivos involucrados en el proceso.

72. La segunda etapa se dio con ocasión de la expedición del Acuerdo No. 55 de 2003, que modificó el reglamento interno del Consejo de Estado. La norma atribuyó a la Sección Tercera de forma exclusiva el conocimiento de las acciones populares relacionadas con el ámbito contractual y la moralidad administrativa y le encomendó a la Sección Primera las restantes.

73. La referida Sección Tercera, en ejercicio de sus competencias, expuso una postura según la cual se permite la interposición de acciones populares cuando en el desarrollo de la actividad contractual se encuentren amenazados o vulnerados derechos colectivos. En ese escenario, el juez de la acción puede adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o el perjuicio, pudiendo, inclusive, declarar la suspensión o nulidad del contrato[42].

74. El referido criterio no ha sido pacífico, pues en tales oportunidades se presentaron aclaraciones y salvamentos de voto y en ocasiones, se condicionó su procedencia a que el contrato no haya sido objeto de la acción ordinaria. Las

---

[41] Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-057).

[42] En este sentido, se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: i) 31 de octubre de 2002, C. P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicación número 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518), ii) 5 de octubre de 2005, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, iii) 19 de abril de 2007, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número 41001-23-31-000-2004-00819-01(AP), iv) 22 de febrero de 2007, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación número 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP), v) 21 de febrero de 2007, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación número 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), y, vi) 17 de mayo de 2007, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP).

manifestaciones de inconformidad con la tesis expuesta se sustentaron en las diferentes naturaleza y finalidades de la acción popular y la contractual, así como a los distintos procedimientos previstos por el legislador en una y otra acción, de donde se dedujo la imposibilidad para el juez constitucional de invadir el ámbito propio del litigio contencioso administrativo.

75. De la jurisprudencia que contiene el criterio indicado, la Sala destaca, en primer lugar, la sentencia del 31 de octubre de 2002[43], oportunidad en la Sección Tercera al resolver una acción popular relativa a un contrato estatal ordenó la suspensión de su ejecución como medida inmediata para salvaguardar los derechos colectivos invocados y defirió al juez de la acción ordinaria la decisión sobre su validez. Ello, en los siguientes términos:

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

76. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en sentencia IJ del 9 de diciembre de 2003[44], retomó las consideraciones expuestas en la anterior providencia, amplió su alcance y acogió el criterio de la Sección Tercera según el cual, la acción popular procede para anular los contratos estatales y ordenar volver las cosas a su estado anterior como mecanismo principal de control, en orden a garantizar la eficacia de los derechos colectivos, cuando quiera que son puestos bajo peligro de vulneración o son violados por la actividad contractual de la administración.

77. En esa oportunidad, la Sala Plena declaró la nulidad e ineficacia de un contrato de compraventa de acciones que se había ejecutado cinco años y medio atrás, por objeto ilícito, al establecer que fue celebrado incurriendo en irregularidades que transgredieron la moralidad administrativa y el patrimonio público, de modo que resolvió volver las cosas a su estado anterior, «*…como si nunca se hubiese realizado la enajenación».* En la providencia se consideró, lo siguiente:

> *«Por lo que hace relación a los contratos de las entidades públicas, en el artículo 40 de la*

[43] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Radicación número 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518).
[44] C. P Dr. Camilo Arciniegas Andrade, Radicación número 25000232600020021204-01(AP)IJ

Ley 472 se mencionó expresamente que las irregularidades en la contratación dan motivo a la Acción Popular como medio de defensa de la moralidad administrativa. Su tenor es como sigue:

> *«Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.*
>
> *Para los fines de este artículo y **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 contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.*
>
> *Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.» (Resalta la Sala).*

Síguese (sic) de esta norma que la actividad de las entidades estatales en materia de contratación es susceptible de control a través de la Acción Popular. Con tánta (sic) más razón si se atiende a que el Estado dispone de una alta proporción de sus bienes y recursos a través de los cauces de la actividad contractual. El Consejo de Estado ya había tenido ocasión de examinar la procedencia de la Acción Popular frente a contratos estatales. Así, en sentencia de 31 de octubre de 2002[45], la Sección Tercera consignó las siguientes consideraciones, que la Sala hace suyas:

> ***«II. La acción popular frente a los contratos estatales***
>
> *1. De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que **con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos**.*
> ***2.** (...)*
> *El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones (ibídem). (...)*
> ***3.** 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.»** (Resalta la Sala).*

En conclusión, la Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley.»

78. En relación con el alcance de esa posición, la Sala Plena estableció que al juez popular le concierne tomar todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones potencial o efectivamente generadoras de la

[45] Expediente AP-059.

afectación de los intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, a las que sirven entre otras, la declaratoria de nulidad de los contratos viciados de estas irregularidades, la pérdida de todos sus efectos y la imposición de las restituciones mutuas.

79. En sentencia posterior de 5 de octubre de 2005[46], la Sección Tercera reiteró su criterio y determinó la posibilidad de declarar la nulidad del contrato, precisando que ello procedería en los casos de nulidad absoluta y que en los eventos en que cursara proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular debía ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso, en el entendido que esa actuación garantizaba de manera suficiente el derecho colectivo. Lo anterior, en estos términos:

> *«**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.* [47]

---

[46] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP-01588).

[47] ‘‘Cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003: “El Consejo de Estado conoce, hoy en día, de las acciones populares -en segunda instancia- por la disposición del parágrafo del artículo 16 de la ley 472 de 1998, competencia que, en el enunciado legal, es transitoria, hasta tanto se pongan en funcionamiento los juzgados administrativos que fueron creados por la ley 446 de 1998.//Probablemente por la provisionalidad de la atribución legal, el conocimiento de tales acciones se distribuyó por igual, entre las cinco secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo para que las decidieran en última instancia, circunstancia que ha generado interpretaciones diversas, en ocasiones contrapuestas, sobre puntos que merecían idéntico tratamiento, sin que exista posibilidad alguna de unificación jurisprudencial, dado que por decisión de la propia corporación, frente a tales fallos no procede el recurso extraordinario de súplica.//Por ello, el Consejo de Estado, mediante Acuerdo No. 55 de 2003, reformó su reglamento interno para lograr una distribución racional de las acciones constitucionales; concretamente, en cuanto atañe a las acciones populares, la reforma prevé que la sección tercera conocerá de las que versen sobre asuntos contractuales así como de las relacionadas con el derecho colectivo a la moralidad administrativa; en los demás casos, la competencia corresponderá a la sección primera de la Corporación.”

Una primera línea jurisprudencial[48], 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[49]. 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.[50]; corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto[51](…).

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,[52] de modo que la acción popular en estos

---

[48] "Se han agrupado en dos grandes tendencias obviando las diferencias de matiz. Quizás es más procedente desde el punto de vista metodológico un estudio en función de cada Sección como el que se encuentra en HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003".

[49] "En CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Pero esta postura no es uniforme al interior de las providencias expedidas por esta sección. // Es también el criterio de algunas de las providencias de la Sección Cuarta. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 30 de mayo de 2002, Exp. AP 0106; Sentencia de 16 de agosto de 2002, Exp. AP 1768".

[50] "Fue el criterio adoptado por la Sección Segunda. Ver CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp. AP 025, C.P. Carlos Arturo Orjuela; Subsección A, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 156, C.P. Jesús María Lemos B.; Sentencia de 5 de julio de 2001, AP 068 C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia de 4 de abril de 2002, AP 897".

[51] "CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 3 de abril de 2001, Exp. AP 0089".

[52] "Es el criterio de otro grupo de providencias de la Sección Primera, que sin ocuparse de teorizar al respecto entró a evaluar la legalidad de los contratos acusados vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 158, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia de 3 de mayo de 2002, Exp. AP 0308; Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Exp. AP 115. En providencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 20020055901 , C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta La Sección Primera fue explícita al señalar que "…la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, de suerte que sólo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnere o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva. //La Sección Tercera desde un comienzo admitió la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, al encontrar determinado que no se trata de un instrumento procesal subsidiario. Aunque en un comienzo pareció negarlo desde el punto de vista conceptual (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp. AP 057, C.P. Jesús María Carrillo), en ocasiones ha reconocido su procedencia aunque no se haya ocupado de analizar la legalidad de los contratos atacados en la práctica ha terminado por suspender el contrato estatal (Sentencia de 17 de junio de 2001, Exp. AP 166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez), mientras que en otras oportunidades ha admitido la posibilidad de decretar la nulidad de un contrato o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo (Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. AP 1136 y Sentencia de 21 de marzo de 2002, Exp. AP 285, C.P. Jesús María Carrillo). De modo que "[a] partir de tal aceptación, la preocupación de esta Sala parece estar más encaminada a trazar los límites entre la acción contractual y la acción popular...mostrando preocupación por evitar fallos contradictorios" (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit.), vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 612, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario.

[…]

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"[53] (subrayas del texto en cita).

*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"[54] (…) –se destaca-.*

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

---

La Sección Cuarta en Sentencia de 31 de mayo de 2002, Exp. AP 300, C.P. Ligia López Díaz revisó la legalidad de una conciliación: "el fallo...al parecer, entendió el asunto como de naturaleza contractual y aceptó que la acción popular procede en su contra" (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit.). En sentencia de 10 de julio de 2002, Exp. AP 0465, la misma sección avocó el conocimiento en sede popular del dominio.co. Por auto de 12 de mayo de 2003, Exp. 1300123310002003-90011-01 la misma Sala revocó la decisión del A Quo que rechazó una acción popular por estimar que las pretensiones que discuten la validez de un contrato no son susceptibles de estudio en sede popular.

La Sección Quinta también admitió en su momento la procedencia de la acción popular en tanto se acredite la vulneración del derecho colectivo invocado e incluso ordenó la suspensión del contrato o anuló las estipulaciones de algunas cláusulas por ser contraria a los valores que tutelan la moral administrativa: vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia 1 de febrero de 2001, Exp. AP 151, C.P. Darío Quiñones P.; Sentencia de 12 de febrero de 2001, Exp. AP 008; Sentencia de 24 de agosto de 2001, Exp. AP 100, C.P. Darío Quiñones; Sentencia de 19 de julio de 2002, Exp. AP 098; Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. AP 435, C.P. Reinaldo Chavarro; Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. AP 2599, C.P. Reinaldo Chavarro".

[53] "HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit".

[54] "CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en el mismo sentido Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez".

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 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[55]*.*

---

[55] "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 absoluta, en otras de manera parcial; 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 público.// 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." (HERNÁNDEZ, Alier. Las acciones populares…op. cit.). // En otro documento el mismo autor plantea las dificultades que enfrenta el tema en materia contractual: "… mientras en relación con los actos se ha instituido únicamente la nulidad, sin calificativos, para los contratos existe la nulidad absoluta y la relativa que tienen causales y fundamentos distintos y la legitimación para pedirlas varía en uno y otro casos; la competencia para conocer de las controversias contractuales (y ésta de la nulidad es una de ellas), no siempre está radicada en la sede del juez administrativo : esa es la regla general del artículo 75 de la ley 80 de 1.993 lo cual no impide que algunas de ellas estén sujetas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (…)si el propósito que mueve al actor es el interés general de restablecer el orden jurídico violado, puede pedirse por cualquier persona (siendo, desde este ángulo una acción popular), la nulidad de los contratos, si es relativa sólo se puede pedir por las partes, y, si es absoluta, pueden hacerlo, además, el ministerio público o un tercero con interés directo.
No hay decisiones judiciales que hayan elaborado aproximaciones generales sobre este punto; sin embargo, tomando en cuenta la legislación existente, se podría aventurar la tesis de que, siendo la regla general que compete al juez del contrato pronunciarse sobre su validez, la situación varía cuando se trata de la nulidad absoluta, pues , en los términos del artículo 87 del C.C.A., "El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso" y, siempre que en él (en el proceso) "intervengan las partes contratantes o sus causahabientes".
Según lo han entendido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Tercera del Consejo de Estado, siempre que se cumpla esa doble condición, el juez administrativo dispone de la prerrogativa de declarar la nulidad absoluta del contrato en cualquier proceso, y no solo en los procesos contractuales, lo cual, estimo, que admite la posibilidad de que tal cosa ocurra en el proceso originado en una acción popular." (HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares, conferencia dictada en el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 26 de octubre de 2001, en Revista del mismo Instituto, 2002).

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 […]».

80. En sentencia de 2 de diciembre de 2013[56], la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, atendiendo un criterio finalistico y en orden a disponer la garantía efectiva de los derechos colectivos involucrados en la actividad contractual, mantuvo la anterior línea de interpretación, en los siguientes términos:

«Como lo ha reiterado esta Corporación, la acción popular es un mecanismo judicial de rango constitucional, principal e independiente, en orden a que los procesos y ejecuciones de la contratación estatal se lleven con la más estricta observancia de valores supremos. Se pretende, por tanto, con esta acción, corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.

No se trata, entonces, de que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, pues ello le corresponde al de nulidad, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias, dado que se trata de proteger derechos de contenido difuso, ensombrecidos por deshonestos y repudiables oportunismos individuales.

De modo que si se le resta facultades al juez de la acción popular, pueden resultar igualmente ineficaces las constantes reformas legislativas que procuran conjurar las insospechadas formas de corrupción enquistadas en la actividad de contratación, en amplios sectores de la administración pública.

[…]

De manera que resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los procesos de contratación, en defensa de su transparencia, conforme con lo preceptuado en los artículos constitucionales 2º, 88 y 209.

Desde esta óptica, considera la Sala que:

i) el juicio a cargo del juez popular, de cara a la eficaz protección de los derechos colectivos, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales;

ii) el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el

[56] Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Fallo del 2 de diciembre de 2013, proferido en el proceso número 16001 23 31 000 2005 02130 01 (AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad;

iii) en ese mismo orden, la nulidad absoluta de los contratos no es un asunto exclusivo del control de legalidad, sino que ella debe imponerse con mayor razón por la violación de los valores supremos a que está sujeta la actividad de la administración; bajo el entendido de que, si bien en el pasado solo la acción de nulidad se erigía para proteger derechos, principios y valores legales y constitucionales, desde la expedición de la carta política actual los derechos colectivos exigen una acción que no les reste eficacia, la que comprende, además, la nulidad absoluta proveniente de irregularidades que contravienen el derecho público garante de los interés colectivos;

iv) la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregona en el ámbito de las acciones ordinarias; y

v) el régimen jurídico de la acción popular no se agota en la Ley 472 de 1998, sino que está integrado por las distintas normas constitucionales y legales, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa.

Así, en criterio de la Sala, debe tenerse en cuenta que, además de las amplias facultades que le otorga la Ley 472 de 1998 al juez de la acción popular para 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, el derecho común y el estatuto de contratación estatal imponen al juez que, en los asuntos de su competencia, se pronuncie sobre la nulidad absoluta de cara a los actos o contratos que contravienen el derecho público de la nación[57], pues por tratarse de irregularidades que no admiten saneamiento procede su declaración de oficio o a petición de parte[58].

Quiere decir, entonces, que en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.

Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede dejar sin efectos[59] o anular, los contratos estatales violatorios de la moral administrativa y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.

---

[57] Conforme con las disposiciones del Código Civil, el objeto ilícito constituye nulidad absoluta del contrato –art. 1741- y *"[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación"* –art. 1519-. Por su parte, el Código de Comercio prescribe que es nulo absolutamente el negocio jurídico *"cuando contraría una norma imperativa"* -art. 899-. Y en estos mismos casos es nulo el contrato estatal, de conformidad con la Ley 80 de 1993: *"[l]os contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común…"* –art. 44-.

[58] Así lo prescribe el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936: "[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria" –se destaca-.

[59] Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de diciembre de 2003, exp. AP (IJ-1204), consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

Reitera, igualmente la Sala que, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares 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 –art. 2º-, con independencia del tiempo transcurrido, desde su consumación, pues, recuérdese que el artículo 11 que limitaba esta última medida, después de los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexequible por la Corte Constitucional[60].

Por ello, bien puede ordenarse ejecutar una actividad o no hacerlo, al igual que condenar al restablecimiento del daño causado a un derecho o interés colectivo y exigir volver las cosas al estado anterior -art. 34-, de acuerdo con la necesidad establecida en el proceso, pues la competencia del juez de la acción popular va más allá de lo pedido, si así lo requiere la protección del derecho constitucional vulnerado.

Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, tanto en el trámite, como respecto de las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses en juego". (Destacado de la Sala).

81. Las posiciones que sobre el tema ha adoptado esta Corporación quedaron resumidas en la providencia de 6 de noviembre de 2013[61], de la siguiente forma:

«Según la actora, antes de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-, existían varias tesis frente a la posibilidad de anular o no los contratos estatales, dado lo cual "…sería importante que unificara el Consejo de Estado [este tema]"(fl. 127).

Acertadamente la solicitante aduce que respecto de la competencia del juez popular para anular contratos estatales, esta Corporación ha sostenido tres tesis:

i) El juez popular no tiene competencia para estudiar la legalidad de dichos contratos, pues el ordenamiento prevé una acción especial para ese propósito, sin perjuicio de que se tomen las medidas del caso si es que encuentra afectados derechos colectivos;
ii) El juez popular sí puede anular los contratos estatales, pues la acción a su cargo no está condicionada a la existencia de otros instrumentos jurídicos de impugnación, además que el contrato estatal es producto de la función administrativa, ámbito frente al cual el juez popular tiene plena competencia para ejercer su control y;
iii) El juez de la acción popular puede estudiar la legalidad del contrato estatal, siempre y cuando no haya sido objeto de la acción ordinaria.
Esas posturas diversas sobre el tema indudablemente generan la necesidad de unificación jurisprudencial sobre el punto. (…)»

82. Como se ve, frente al reconocimiento de los derechos de naturaleza colectiva, la jurisprudencia de esta corporación ha reivindicado la protección progresiva de esas garantías. Para ello, ha dispuesto diversas órdenes, incluidas las de volver

---

[60] Sentencia C-215-99 de 14 de abril de 1999, magistrada ponente Martha Victoria Sáchica Méndez.
[61] Consejo de Estado, Sección Quinta C.P Dr. Alberto Yepes Barreiro (E). Expediente No. 11001-33-31-022-2009-00363-01(AP)REV

las cosas al estado anterior, de acuerdo con la necesidad establecida en el expediente y con el acatamiento al debido proceso constitucional, tanto en el trámite, como respecto de las medidas requeridas para la protección.

83. Por otra parte, la Sala destaca que, en sentencia de unificación, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 13 de febrero de 2018[62], se definió lo relativo a la procedencia del estudio de legalidad de actos administrativos en acciones populares iniciadas en vigencia del régimen del Decreto 01 de 1984, determinando que el juez no tiene la facultad de anularlos.

84. En esa ocasión, la Sala Plena determinó que el juez popular puede adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto administrativo que sea la causa de la amenaza, vulneración o el agravio de derechos e intereses colectivos. Para el efecto, tendrá múltiples alternativas al momento de proferir órdenes de hacer o no hacer que considere pertinentes, de conformidad con el caso concreto. En las consideraciones de la sentencia en comento, se indicó lo siguiente:

> *«Así las cosas, si el juez de la acción popular encuentra que el acto administrativo vulnera derechos e intereses colectivos, podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos* ***(salvo la anulación del acto o contrato****). A guisa de ejemplo, el juez podría adoptar las siguientes medidas:* ***(i)*** *La inaplicación total o parcial con efectos interpartes -artículo 148 de la Ley 1437;* ***(ii)*** *interpretación condicionada del acto administrativo;* ***(iii)*** *la suspensión de los efectos -eficacia- sin que ello obligue al juez ordinario a declarar la nulidad del mismo, puesto que el ámbito de análisis es diferente»[63].*

85. La tesis que se adoptó en aquella oportunidad no resulta aplicable al tema que analiza y decide la Sala, dado que lo debatido en esta ocasión recae sobre un objeto distinto, esto es, sobre un contrato y no un acto administrativo.

86. En efecto, pese a que en esa providencia se aludió de forma tangencial a la procedencia de la acción popular contra contratos, ello constituye un *obiter dicta* y no hace parte integrante de la *ratio decidendi* de aquel fallo. Así se reconoció por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en Sentencia (AP)REV-

---

[62] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Dr. William Hernández Gómez. Expediente No. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU).
[63] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 2018. Expediente 25000-23-15-000-2002-02704-01.

SU de 14 de agosto de 2018[64], al decidir la revisión eventual de una sentencia que resolvió una acción popular iniciada en vigencia del Código Contencioso Administrativo, en la que se dispuso la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, defensa de los bienes de uso público, defensa del patrimonio público y libertad de locomoción.

87. En esa oportunidad, esta Corporación unificó su jurisprudencia en torno a la posibilidad de entregar en arrendamiento los bienes de uso público, en el sentido de establecer que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento, dejando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto[65].

88. Con ese propósito, la Sala Plena se pronunció en torno a la viabilidad de declarar la nulidad de contratos estatales, siempre que se encuentre vulnerado un derecho colectivo, en escenarios propuestos bajo la arista de una acción popular y al amparo de la remisión que se hace al Código Contencioso Administrativo. La Sala retomó la tesis asumida por la Sección Tercera en casos semejantes, en relación con la posibilidad de dejar sin efecto contratos estatales a través de las acciones populares y prohijó la sentencia de 5 de octubre de 2005[66] que se ha venido refiriendo en esta providencia.

89. Del análisis de la referida providencia, la Sala establece que en esa oportunidad se seleccionó el asunto para unificar la jurisprudencia en torno a la posibilidad de entregar en arrendamiento los bienes de uso público, es decir, sobe un tema diferente al que se analiza en esta oportunidad, esto es, la posibilidad de anular un contrato estatal en de popular.

9. Necesidad de unificación.

90. Como se observa, sobre el tema de la procedencia de efectuar el control de legalidad a los contratos estatales por parte del juez popular y declarar su nulidad

---

[64] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. 05001333100320090015701, C. P Dr. Oswaldo Giraldo López.
[65] Salvamentos de voto de los Consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Gabriel Valbuena Hernández, Carlos Enrique Moreno Rubio, Guillermo Sánchez Luque y Milton Chaves García, parcial del Consejero Dr. William Hernández Gómez y aclaración del Consejero Dr. Oswaldo Giraldo López.
[66] Sección Tercera del Consejo de Estado, Radicación núm.: 20001233100020010158801, C. P Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

en vigencia del C.C.A, esta Corporación ha emitido pronunciamientos disímiles, pues tal como lo expuso la doctrina[67], ha adoptado diversas tesis. Tales posiciones se pueden agrupar de la siguiente forma:

i) **Tesis restrictiva:** que pese a reconocer el carácter principal de la acción popular, considera que por esta vía no se puede decidir sobre la legalidad de un contrato, toda vez que éste es un asunto reservado exclusivamente a la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A[68].

ii) **Tesis intermedia:** según la cual, cuando otros jueces distintos del juez popular hayan avocado el conocimiento de la acción contractual, el fallador puede tomar medidas diferentes, tales como ordenar la suspensión de la ejecución del contrato, hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso[69].

iii) **Tesis amplia:** que admite la posibilidad de analizar la legalidad del contrato estatal cuando éste vulnera o amenaza algún derecho colectivo, con el fin exclusivo de procurar su protección[70].

---

[67] Sánchez Luque Guillermo. Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de anulación de actos administrativos y de contratos estatales en acciones populares. Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2007. http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/4/cnt/cnt9.pdf

[68] Tesis desarrollada en las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo: Sección Segunda, subsección B, sentencias del 23 de marzo de 2000, exp AP 025 CP Carlos Arturo Orjuela; Sección Segunda Subsección A, sentencias de 25 de enero de 2001, exp AP 156 CP Jesús María Lemos B; Sección Segunda, sentencia de 3 de abril de 2001 exp AP 0089; Sección Primera, auto del 24 de mayo de 2001, exp. AP 076 CP Olga Inés Navarrete Barrero; Sección Segunda, sentencia 5 de julio de 2001 AP 068, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda; Sección Tercera, sentencia de 6 de septiembre de 2001, exp. AP 057 C.P. Jesús María Carrillo; Sección Segunda, sentencia de 4 de abril de 2002, AP 897; Sección Cuarta auto de 30 de mayo de 2002, exp. AP 0106, Sentencia de 16 de agosto de 2002, exp. AP 1768; Sección Cuarta, Auto de 12 de mayo de 2003, exp. 1300123310002003-90011-01.

[69] Tesis desarrollada en las sentencias del Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo: Sección Tercera, 31 de octubre de 2002, exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sección Tercera, 26 de septiembre de 2002, exp. AP 537, CP. María Elena Giraldo Gómez; Sección Tercera, 5 de octubre de 2005, radicado 2001-23-31-000-2001 (AP 01588)-01, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

[70] Tesis desarrollada por las sentencias: Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Primera, 30 de noviembre de 2000, exp. AP 115, C.P. Manuel S. Urueta A.; Sección Primera; 25 de enero de 2001, exp. AP 158, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sección Quinta, 1 de febrero de 2001, exp. AP 151, C.P. Darío Quiñones P.; Sección Quinta, 12 de febrero de 2001, exp. AP 008; Sección Tercera, 17 de junio de 2001, exp. AP 166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; Sección Tercera, 23 de agosto de 2001, exp. AP 1136; Sección Quinta, 24 de agosto de 2001, exp. AP 100, CP. Darío Quiñones; Sección Primera, 3 de mayo de 2002, exp. AP 0308; Sección Primera, 19 de febrero de 2004, exp. 20020055901, CP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Sección Tercera, 21 de marzo de 2002, exp. AP 285, CP. Jesús María Carrillo; Sección Cuarta, 10 de julio de 2002, exp. AP 0465; Sección Quinta, 19 de julio de 2002, exp, AP 098; Sección Tercera, 26 de septiembre de 2002, AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sección Tercera, 26 de septiembre de 2002, exp. AP 612, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sección Tercera, 31 de octubre de 2002, AP 518, CP. Ricardo Hoyos Duque; Sección Quinta, 29 de mayo de 2003, exp. AP 2599, C.P. Reinaldo Chavarro; Sección Quinta, 4 de septiembre de 2003, exp. AP 435, C.P. Reinaldo Chavarro.

91. De lo expuesto se establece que la posibilidad de anular contratos estatales en sede popular no es pacífica. En este orden, resulta necesario establecer una regla de unificación acerca de la procedencia de la acción popular para anular contratos estatales cuando éstos fueren la causa directa e inmediata de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

10. Criterio de unificación jurisprudencial.- Alcance de la acción popular frente a la nulidad del contrato estatal en vigencia del C.C.A.

92. En criterio de la Sala Especial de Decisión, en las acciones populares iniciadas en vigencia del Decreto 01 de 1984 la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene facultad para decretar la nulidad de contratos administrativos que se consideren causa de la amenaza o violación de derechos colectivos. En estos casos, el juez tiene la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro de ello. Las razones que fundamentan la tesis de unificación son las siguientes:

11. Carácter principal y fines diferentes de la acción popular respecto de las acciones ordinarias.

93. Como se estableció en consideraciones precedentes, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que la actividad de las entidades estatales en materia de contratación es susceptible de control a través de la acción popular cuando a través de ellos se amenace o vulnere un derecho colectivo y que la sentencia que acoja las pretensiones del demandante podrá contener una orden de hacer o de no hacer y exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo cuando ello fuera físicamente posible. Dentro de las facultades del juez, en procura de hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos, se aceptó la posibilidad de anular contratos.

94. Conforme al criterio de la Sección Tercera de esta Corporación consolidado a partir de la sentencia proferida de 5 de octubre de 2005[71], respecto del examen de legalidad de un contrato estatal pueden concurrir tanto la acción contractual como

---

[71] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005, proferida en el proceso número 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

la popular, en reconocimiento a la autonomía propia de cada una de ellas. El punto de inicio de la popular es la lesión o amenaza a un derecho o interés colectivo; mientras que la contractual, con la excepción de la nulidad absoluta del contrato, surge entre las partes del mismo o sus causahabientes.

95. El recuento jurisprudencial realizado en consideraciones preliminares contiene la postura de la Sección Tercera de esta Corporación sobre el alcance de las facultades del juez popular. La Sala considera que el referido razonamiento obedece a la libertad de interpretación del operador judicial respecto de las normas que regulan esta clase de acción, hoy medio de control, y observa que ese criterio experimentó una evolución, no exenta de contradicciones.

96. Analizado el contenido de las providencias reseñadas, se observa que integran una línea jurisprudencial, cuyo fundamento está en el reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, en consideración al hecho de que la ley no estableció esa acción como subsidiaria de algún otro medio de control ordinario o mecanismo judicial. A partir de allí, se determinó que los contratos estatales eran susceptibles de evaluación en sede popular, por lo que bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984 dentro de las amplias facultades para salvaguardar el orden jurídico en materia de derechos e intereses colectivos, estaba incluida la de anulación de contratos.
97. En este orden, se establece que el problema que resuelve la Sala en esta oportunidad surgió porque la Ley 472 de 1998 no señaló de forma expresa que la acción popular procedería únicamente en los eventos en que el objeto perseguido por ella no pudiera alcanzarse mediante el ejercicio de otras acciones, es decir, que fuera subsidiaria de otros mecanismos de protección, tal como se dispuso para la acción de tutela.

98. Ahora, conforme al contenido del artículo 2° de la ley 472 de 1998, la acción popular es un medio procesal que se ejerce con el propósito de evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio de un derecho colectivo, de naturaleza preventiva o cautelar. La norma no diferencia si se trata de acciones u omisiones de las autoridades ni distingue el instrumento a través del cual se ocasiona la vulneración, esto es, actos, contratos, operaciones o hechos administrativos.

99. Las características principales de la acción popular han sido estudiadas de

manera amplia tanto por esta Corporación como por la Corte Constitucional. Esta última, en la sentencia C-641 de 2011 referida en consideraciones anteriores indicó que las acciones populares: i) pueden ser promovidas por cualquier persona, ii) son ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones y por las mismas causas, contra los particulares, iii) tienen un fin público, iv) son de naturaleza preventiva, v) tienen también un carácter restitutorio[72], vi) no persiguen en forma directa un resarcimiento de tipo pecuniario y; vii) gozan de una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos.

100. Respecto de las dos últimas, la Corte estableció que las acciones populares carecen de contenido subjetivo, lo que implica, en principio, que mediante el ejercicio de las acciones populares no se persiga un resarcimiento de tipo pecuniario a favor de quien la promueve y no plantea, en estricto sentido, una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que son un mecanismo de protección principal de los derechos colectivos preexistentes. En ese sentido, el proceso de acción popular tiene una estructura especial que lo diferencia de los demás procesos de contenido litigioso, en el que no se plantea una verdadera litis, pues lo que persigue es la efectividad y eficacia de un derecho colectivo haciendo cesar su lesión o amenaza o logrando que las cosas vuelvan a su estado anterior.

101. Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que se trata de un mecanismo procesal autónomo y principal, pues no está condicionado a la inexistencia de otro medio de defensa judicial[73] y procede para conjurar en forma oportuna hechos u omisiones que puedan afectar a la comunidad, antes de que se genere el daño o de forma coetánea para que cese la vulneración de los derechos o, posteriormente, ante situaciones concluidas, siempre y cuando sea posible restituir las cosas a su estado anterior.

102. Ahora bien, el artículo 87 del C.C.A. prevé la acción contractual como medio de defensa y acción judicial, hoy medio de control de controversias contractuales. Tal acción es procedente para pedir la nulidad y que se declare el incumplimiento

---

[72] «En cuanto dichos mecanismos de protección persiguen el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses colectivos, se les atribuye también un carácter eminentemente restitutorio.»

[73] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 29 de agosto de 2014 Expediente No. 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP). C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

y el consecuente reconocimiento de perjuicios; y por ello, debe ser empleada cuando se pretenda atacar los contratos estatales.

103. Conforme al contenido de esa norma, la sede en la que debe discutirse la legalidad del contrato es en el proceso contractual, de forma que es al juez natural de conocimiento al que le corresponde declarar la nulidad total o parcial del referido acto jurídico y determinar las consecuencias jurídicas que tal declaración implica. En este supuesto es que la Sala considera que el control de la legalidad del contrato debe exceptuarse del conocimiento del juez popular, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual.

104. Esta interpretación tiene sustento también en el deber de aseguramiento del principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza en su preámbulo y sus artículos 3°, 6°, 121, 122, 123 y 230. De esta manera y teniendo en cuenta que el acto contractual tiene que ver con relaciones jurídicas con efectos inter - partes, en principio, lo que tiene que ver con él debe discutirse por los cauces del medio de control de controversias contractuales.

105. En el mismo sentido, esto es, en acatamiento del principio de legalidad, es que no le está permitido al juez popular arrogarse competencias anulatorias no otorgadas por la ley sin conculcar el referido principio, en cuanto está facultado únicamente para impartir órdenes de hacer o no hacer. La sola circunstancia de que coincida en el juez popular la calidad de juez administrativo no traslada al primero las competencias asignadas por ley al segundo.

106. En ese orden, la limitación frente a la anulación de un contrato en esta sede no riñe con el carácter principal y autónomo de la acción popular, más bien obedece al reconocimiento y acatamiento por las reglas del proceso establecidas en la ley para adoptar decisiones respecto de la validez de los actos y contratos de la administración en juicios específicos y clarifica los alcances que los jueces populares deben dar a sus sentencias.

107. Sobre el punto, es oportuno señalar que al realizar una interpretación sistemática de los artículos 2°, 9° y 34 de la Ley 472 de 1998, se establece que el hecho de que el juez popular no pueda decidir sobre la anulación de los contratos estatales, en nada afecta el carácter principal o autónomo de la acción la acción

popular. Ello tampoco desconoce la trascendencia de la actuación contractual en el ámbito de las garantías colectivas, en cuanto se relaciona con el logro de los fines de la contratación estatal, de manera que en su origen, ejecución y cumplimiento es posible que se amenacen o vulneren derechos colectivos, como son los de moralidad y patrimonio público, sin que ese supuesto habilite la declaración de nulidad de un contrato estatal.

108. El anterior argumento encuentra sustento en los antecedentes de la Ley 472 de 1998 antes señalados que muestran que pese a que el legislador le dio el carácter de principal a la acción popular no quiso entregarle competencias anulatorias al juez.

109. La interpretación de la Sala también encuentra apoyo en el análisis del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 que define el contenido de la sentencia. Conforme a su sentido literal, la disposición señala de forma inequívoca[74] una regla de competencia para el fallador que sólo puede revestir tres modalidades: i) una orden de hacer o no hacer, ii) la condena al pago de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y; iii) *«exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible.».* Así, se puede establecer que la norma no determinó de forma expresa la posibilidad de la anulación de contratos administrativos

12. Alcance y aplicación especial del principio de congruencia en las acciones populares.

110. El principio de congruencia, según el cual en la sentencia corresponde resolver de manera exclusiva las pretensiones planteadas en la demanda, respecto de las que el demandado tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, debe interpretarse y aplicarse de manera diferente en las acciones populares.

---

[74] Artículo 27. Interpretación gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

111. Lo anterior, en atención al propósito y la función que el juez desempeña en este tipo de acciones. Así lo estableció esta Corporación[75], al indicar que: *«Si el planteamiento fáctico que hace el actor popular y que es conocido por la entidad accionada resulta demostrado en el curso del proceso, el juez de la acción popular puede aprobar un pacto de cumplimiento, o proferir una sentencia que tenga como base la vulneración de derechos colectivos distintos de los invocados en la demanda y donde se adopten medias diferentes de las impetradas.»* [76]

112. Este aspecto guarda relación, a su vez, con la subordinación del fallo al móvil o motivo de la acción, que tratándose de la popular se encuentra claramente determinado por los artículos 2[77] y 34[78] de la ley 472, los cuales a su vez definen las pretensiones que se pueden formular al instaurar una acción popular, entre las que no se previó la de solicitar la nulidad de contratos estatales.

113. En este orden, si bien el juez popular puede adoptar medias diferentes de las impetradas en el escrito inicial, la decisión de anular contratos de la administración no resulta congruente con las pretensiones de la demanda de acción popular. Tal disposición, implica invadir la órbita de la acción o medio de control contractual y supone despojar al juez del contrato de su competencia para trasladarla al juez popular.

13. Razones de seguridad jurídica.

114. Conforme se viene afirmando, el juez popular no cumple iguales funciones jurisdiccionales a las asignadas al juez administrativo, cuando éste último resuelve

---

[75] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión, Sentencia de 26 de enero de 2021, Expediente No. 54518-33-31-001-2007-00013-01 [AP] REV.

[76] El artículo 27 de la ley 472 de 1998 dispone que en la audiencia de pacto de cumplimiento <<podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible.>>

[77] ARTICULO 2o. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares 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.

[78] ARTICULO 34. SENTENCIA. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, 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, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.

un conflicto en el que se deba decidir si un contrato estatal está afectado de alguna causal de nulidad, sino que aquí cumple el rol de garante de un derecho colectivo. De esta forma, al juez de la acción popular le compete adoptar las medidas materiales que guarden la garantía colectiva amenazada o afectada con el contrato, entre las que no se encuentra la de anularlos.

115. En este orden, es posible que el juez ordinario, en el ámbito de sus competencias, determine que el contrato se encuentra ajustado al ordenamiento legal y que el juez de la acción popular, desde su órbita, encuentre que esa actuación vulnera alguna garantía colectiva, de manera que disponga cualquiera otra orden frente a los efectos de aquel, para prevenir o superar su amenaza o vulneración. Esto obedece a que mientras uno interviene en sede de legalidad abstracta o subjetiva, el otro lo hace en el ámbito de protección de intereses y derechos colectivos. De esta manera, la limitación aquí establecida certifica la seguridad de las decisiones tomadas en una y otra ocasión.

116. Por otra parte, se precisa que la Sala Plena de esta Corporación[79] unificó la jurisprudencia y definió que antes de la entrada en vigencia del CPACA, el juez de la acción popular no estaba facultado para anular actos administrativos. Tal como se advirtió anteriormente, ese asunto difiere del que se define en esta oportunidad; sin embargo, de las consideraciones que se expusieron en esa ocasión no es posible entender que bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984 el juez popular no tiene la potestad de anular actos administrativos, pero sí lo puede hacer respecto de los contratos estatales.

117. El precedente de unificación del 13 de febrero de 2018, se sustentó en la intención de que cada juez cumpla su propósito constitucional y legal sin invadir las competencias del otro. Esto atendiendo las finalidades y naturaleza de las acciones, de modo que *«lo decidido en un proceso no influye o bloquea el resultado al momento de valorar o decidir el otro. El efecto útil de esta postura es la de suprimir la posibilidad de decisiones contradictorias frente a legalidad del acto.»*[80]

118. Según el criterio mayoritario de la Sala Plena y que resulta vinculante, el juez

---

[79] Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 13 de febrero de 2018 Rad, 2002-02704-01 [fundamento jurídico III]
[80] Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 13 de febrero de 2018 Rad, 2002-02704-01 [consideración 50].

popular bajo la vigencia del C.C.A no tiene la potestad de anular actos administrativos ni contratos. Ello en atención a que cada acción o medio de control atiende a un propósito bien definido, de forma que la decisión de cada uno de ellos supone que no interfiera con los demás. Tampoco le resta eficiencia al otro ni es posible que coexistan varios instrumentos o medios de control sucesivos o paralelos para decidir un mismo asunto.

119. En este orden y con el propósito de garantizar la seguridad jurídica derivada de las decisiones de esta Corporación, se impone respetar el precedente de unificación del 13 de febrero de 2018, en el sentido de reafirmar la imposibilidad de que el juez popular anule un contrato de la administración.

120. Además, en criterio de la Sala, la falta de precisión o definición expresa del C.C.A respecto de la posibilidad de declaración de nulidad de un contrato estatal en sede popular no habilita la invasión de la órbita del juez del contrato, so pretexto de la protección de derechos colectivos. Tal hipótesis, admite el debate inagotable de esta materia, circunstancia que también conlleva a la inseguridad jurídica para quienes en determinado momento resultaren directamente interesados o afectados.

121. Otro hecho que se relaciona con la seguridad jurídica es el que tiene que ver con la prohibición que el legislador estableció en la Ley 1437 de 2011 para que el juez de la acción popular decretara la anulación de actos administrativos y de contratos públicos. Del trámite legislativo del C.P.A.C.A, esto es, de los textos de la iniciativa legislativa, de los proyectos de ley aprobados en su trámite por el Senado y de las actas de las sesiones respectivas[81], no es posible establecer las razones que sustentaron tal prohibición. En esa sede el tema en el que se centró el debate fue el de la conveniencia de establecer el requisito previo para las acciones populares interpuestas contra las autoridades.

122. Luego del largo debate jurisprudencial expuesto en consideraciones anteriores, el criterio que tomó el legislador y que definió este asunto, fue avalado por el juez constitucional, en la referida sentencia C-641 de 2011[82], al establecer la legalidad de la expresión «*sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el*

[81] Exposición de Motivos, Proyecto de Ley No. 198 de 2009 – Senado " Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", Gaceta de Congreso No. 1173, págs. 59 – 65, 394/10 y 529/10 [texto definitivo en Senado], 683/10 y 951/10 (primer y segundo debate en Cámara), 1072/10 [Informe de Conciliación].
[82] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-644 2011 [fundamento jurídico 3.2.2]

acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos» contenida en el artículo 144 de la norma. En esa oportunidad la Corte estableció: *«que el segmento normativo controvertido por el demandante resulta acorde con los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, toda vez que la expresión cuestionada del inciso segundo del artículo 144 de la ley 1437 no desconoce el debido proceso judicial sino que por el contrario lo fortalece, como también clarifica los alcances que los jueces populares deben dar a sus sentencias, todo dentro del marco de la potestad de configuración normativa que tiene el legislador, sin que por esta razón se desconozcan el acceso a la administración de justicia o el carácter principal de las acciones populares.»*

123. En este orden, la Sala considera que la solución jurisprudencial que se adopta a través de este proveído es, además, más garantista, pues permite que el afectado acuda al juez natural con el propósito de obtener las restituciones contractuales que no lograría en sede popular.

124. El anterior aspecto también se relaciona con la debida guarda de los derechos de defensa y debido proceso, amparo que no se garantiza con el sólo el hecho de citar al proceso de acción popular a quien pueda resultar afectado con la anulación del contrato. Además, de ello es necesario preservar el derecho a ser juzgado conforme al procedimiento señalado previamente para el propósito correspondiente, actuación que también comprende que el juez que conozca del asunto sea justamente el juez natural del contrato. Tal circunstancia no tiene lugar en sede popular.

14. Aspectos procesales.-

125. Avalar la posibilidad de anular contratos estatales en actuación popular resulta inconveniente, entre otras razones, por ello tendría implicaciones en lo que tiene que ver con los aspectos de caducidad y legitimación en la causa.

126. Frente al primer tema, la Sala observa que, dado el carácter público de la acción, por medio del artículo 11 de la Ley 472 de 1998, el legislador dispuso que la acción popular podía ejercitarse en cualquier tiempo, de manera que no la sometió a término de caducidad alguno, con el único condicionante de que subsista la amenaza o peligro al derecho o interés colectivo.

127. El texto original del artículo 11 de la ley 472 de 1998, establecía 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.»*

128. El aparte resaltado fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C- 215 de 14 de abril de 1999[83], de forma que la restitución de las cosas al estado anterior en las acciones populares procede en cualquiera época, siempre y cuando esa medida resulte necesaria para la protección de los derechos colectivos y ello fuere posible.

129. Respecto de la no caducidad de la acción popular, a propósito de la inexequibilidad del último inciso del artículo 11 de la Ley 472 de 1998, en la referida sentencia la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

> *«La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno No obstante, encuentra la Corte, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a "volver las cosas a su estado anterior", en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos. Carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible.»*
> *(Subraya fuera de texto)*

130. La Sala considera que la posibilidad de ejercer las acciones populares en cualquier tiempo, mientras subsista la vulneración a los derechos colectivos invocados y, de forma simultánea, se faculte al juez para que decrete la nulidad de un contrato administrativo con efectos inter - partes, constituye una excepción al término de caducidad del medio de control ordinario, situación que riñe con el precepto superior e interés general que propugna porque las controversias judiciales se clausuren de manera definitiva.

---

[83] Sentencia C- 215 de 14 de abril de 1999, Magistrada Ponente: Dra. Martha Sáchica de Moncaleano.

131. Entonces, la posibilidad de atacar un contrato estatal en cualquier momento no encuentra justificación suficiente en el argumento, según el cual se trata de salvaguardar los derechos e intereses colectivos frente a los cuales el juez popular tiene amplias facultades de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad, pues ello, debe armonizarse con todo el ordenamiento jurídico.

132. Otra implicación procesal de la anulación de contratos administrativos en sede popular, se relaciona con el tema de la legitimidad para solicitar la nulidad absoluta de los contratos estatales, pues ella varía en una y otra acción. Frente a este aspecto, la Sala precisa que las acciones populares tienen un espectro más amplio en comparación con la acción contractual o el medio de controversias contractuales, toda vez que el derecho colectivo otorga la facultad a cualquier persona, natural o jurídica de interponerla. Esto en atención al carácter público que tienen las acciones populares.

133. Por otra parte, se tiene que el artículo 87 del C. C. A.[84] disponía que sólo estaban 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.

134. De forma posterior, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 extendió la legitimación a *«cualquier persona»*, además de las partes, el Ministerio Público o la oficiosidad del juez. De esta manera, le dio el carácter de popular a la acción de nulidad absoluta de los contratos; sin embargo, esa disposición fue modificada por el inciso 3o. del artículo 32 de la Ley 446 de 1998. La norma estableció de nuevo 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, o podrá ser declarada de oficio por el juez cuando esté plenamente demostrada y siempre que en el proceso intervengan las partes o sus causahabientes.

---

[84] Modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 y este a su vez por el artículo 32 de la ley 446 de 1998.

135. 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]*

136. En consecuencia, cuando mediante una acción popular se pretenda atacar un contrato estatal, estará legitimada cualquier persona, 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.

137. Respecto de las acciones populares, en forma excepcional, es posible predicar un carácter resarcitorio al tenor del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, cuando quiera que se haya causado daño a un derecho o interés colectivo. Lo anterior en el entendido de que no se comprometa o se pretendan derechos de orden subjetivo. De esta forma, la titularidad universal para el ejercicio de la acción popular no implica el reconocimiento de alguna situación jurídica individualizada. En este último caso, la acción idónea es la contractual, en los términos así previstos en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo Colombiano.

138. En este orden, la posibilidad de declarar la nulidad absoluta de un contrato en sede popular desconoce que ella puede ser intentada, en principio, por las personas señaladas en la ley; a diferencia de las acciones populares en la que «*cualquier persona»* estará legitimada. Esta diferencia encuentra su justificación

en el hecho de que en estas últimas no se trata de un conflicto litigioso entre partes que defienden derechos subjetivos.

139. Otro aspecto que se debe tener en cuenta en los eventos como el que analiza la Sala en esta oportunidad, es el de las restituciones mutuas en caso de nulidad absoluta del contrato. Frente a ello, se destaca que conforme a la norma que regula de forma especial esta materia, esto es, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 *«habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido»*. En consecuencia, la declaración de nulidad del contrato impone al juez el pronunciamiento sobre las restituciones a que haya lugar a cargo de las partes del contrato anulado, definición que excede a la competencia del juez popular.

140. En el orden expuesto, si bien podría considerarse que la potestad de declarar la nulidad de un contrato administrativo mediante la acción popular atendería a la naturaleza preventiva y restitutoria de este medio de protección, también es cierto que esa medida no es la única y más adecuada para lograr los propósitos y fines que informan este tipo de procesos. Lo anterior, en armonía con el principio de seguridad jurídica y la conformidad del sistema jurídico. De esta manera, el juez puede adoptar medidas diferentes que eviten irrumpir en las atribuciones del juez ordinario y en las consecuencias propias de otras acciones.

141. En conclusión, atendiendo aspectos tales como el carácter principal y fines diferentes de la acción popular respecto de las acciones ordinarias, el alcance y aplicación especial del principio de congruencia en esta clase de procesos y razones de seguridad jurídica y de orden procesal, la Sala considera que en el caso en que se acredite la violación de la ley que configurara la nulidad del contrato y ello implique la vulneración de la moral administrativa u otra garantía colectiva, en vigencia del C.C.A el juez popular no tenía la facultad de declarar su nulidad. En cambio, poseía la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro.

142. La Sala reconoce y destaca el importante avance de la jurisprudencia de la Corporación sobre la protección de la garantías populares; no obstante, considera que la interpretación de las nomas analizadas en precedencia es la que mejor se

ajusta al objeto y fin de la acción popular prevista en la Ley 472 de 1998, para prevenir que en sede popular el operador judicial exceda el límite de su competencia funcional, en cuanto el propósito principal de la acción popular es la protección de los derechos colectivos no el determinar la legalidad de los contratos, conforme se estableció en las consideraciones que anteceden.

15. El contrato de suscripción de acciones.

143. Antes de abordar el fondo del asunto, la Sala hará referencia al contrato de suscripción de acciones, pues del contenido del acuerdo que se analizará en el caso concreto, se establece que tiene que ver en gran parte con esa figura.

144. El contrato de sociedad por suscripción de acciones está actualmente regulado en el artículo 384 del Código de Comercio[85]. Mediante ese convenio los aportantes se obligan a pagar sus aportes de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la sociedad se obliga a reconocer a los aportantes los derechos de dirección, económicos y de inspección y control, o derechos sociales.

145. Del contenido de la referida norma, es posible establecer que los elementos esenciales de ese negocio jurídico son: i) la oferta de acciones que hace la sociedad de conformidad con el reglamento de suscripción, mediante la cual se obliga a reconocer, a quien la acepte, la calidad de accionista, y a entregarle los títulos de las acciones; y ii) la aceptación de la oferta que hace el adquirente de las acciones, mediante la cual se obliga a pagar el aporte estipulado y a someterse a los estatutos sociales.

146. La calidad de accionista supone la efectiva realización de un aporte al capital de la sociedad o la adquisición de la acción por alguno de los modos consagrados en la ley. Conforme lo establece el artículo 52[86] numera 5° de la Ley 222 de 1995[87], los aportes sociales pueden ser en dinero o en especie.

---

[85] ARTÍCULO 384. <DEFINICIÓN DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.
En el contrato de suscripción no podrá pactarse estipulación alguna que origine una disminución del capital suscrito o del pagado.

[86] «ART. 52.—Contenido del contrato de suscripción. El contrato de suscripción constará por escrito y contendrá, por lo menos, las siguientes especificaciones:
1. El nombre, nacionalidad, domicilio e identificación del suscriptor.
2. El nombre y domicilio de la futura sociedad.

147. La Corte Suprema de Justicia en sentencia 14 de julio de 2010[88], explicó de manera amplia y detallada las características de este negocio societario. Por ser pertinente, la Sala expone sus consideraciones *in extenso*, así:

> *«1.Toda sociedad legalmente constituida, es sujeto de derecho distinto de sus socios individualmente considerados, con personificación normativa, capacidad, autonomía y patrimonio independiente.*
> *Por el negocio jurídico societario, todo asociado se obliga a un aporte al fondo común del capital social o suma coincidente con el valor de las aportaciones y los derechos económicos del socio.*
> *En las sociedades anónimas, el capital se conforma con un fondo social proporcionado por los accionistas y representado en acciones de igual valor nominal (arts. 373 y 365 del C. de Co).*
>
> *La acción incorpora la participación económica del socio en una parte alícuota del capital social, implica un aporte real, prueba la calidad de accionista, y refleja los derechos del asociado en la sociedad (artículo 379 Código de Comercio).*
>
> *Conformemente, accionista en la sociedad anónima, es el aportante de capital, titular de la acción, esto es, quien ha efectuado un aporte o ha adquirido esta última.*
>
> *En particular, la calidad de accionista presupone la efectiva realización de un aporte al capital de la sociedad anónima, o la adquisición de la acción por alguno de los modos consagrados en la ley, es decir, su incorporación al patrimonio de un sujeto, sea al instante de la constitución del ente societario, ora durante su existencia y desenvolvimiento.*
>
> *En sentido análogo, las aportaciones podrán hacerse al constituirse la sociedad o con posterioridad, adquiriéndose entonces o después la calidad de asociado.*
>
> *Cuando no acontecen en el acto creativo de la sociedad anónima, es factible adquirir acciones y, por ende, la calidad de accionista, por suscripción de las emitidas para su colocación o por negociación con los actuales accionistas.*
>
> *Para la emisión de acciones en reserva, es menester decisión de la asamblea general de accionistas (artículo 383 del Código de Comercio) y las no suscritas en el acto de constitución emitidas después, se colocarán "de acuerdo con el reglamento de suscripción" (art. 385, Código de Comercio), cuya aprobación salvo norma estatutaria en contrario y tratándose de acciones privilegiadas o de goce, corresponde a la junta directiva (art. 385 y ss., Código de Comercio), por regla general, con sujeción al derecho de preferencia excepto que los estatutos no lo establezcan o la asamblea decida su colocación libre (artículos 388, 420 [5], C. de Co; 68 de la Ley 222 de 1995), y en los casos legales, requerirá previa autorización de la Superintendencia de Sociedades (arts. 390, C. de Co; arts. 84 [9], 85[3°] de la Ley 222 de 1995, artículo 6º, literal e), Decreto 4350 de 2006).*

---

3. El número, naturaleza y valor nominal de las acciones que suscribe.
4. La forma y condiciones en que el suscriptor se obliga a pagar.
5. Cuando las acciones hayan de pagarse con aportes en especie, la determinación de éstos.
6. La declaración expresa de que el suscriptor conoce y acepta el programa de fundación.
7. La fecha de suscripción y firma del suscriptor.»

[87] «Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones».

[88] Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Doctor William Namén Vargas

La suscripción se efectúa con observancia estricta del reglamento de colocación adoptado por la junta directiva, y del derecho de preferencia estatutario o legal a favor de la sociedad, sus accionistas o ambos, cuya inobservancia extraña nulidad absoluta (artículos 403 y 416, C. de Co) por tratarse de norma imperativa (art. 899, 1º, ibídem).

La suscripción de acciones, preceptúa el artículo 384 del Código de Comercio, es contrato por el cual el suscriptor a más de la prestación de pagar un aporte se obliga a someterse a los estatutos de la sociedad y, ésta a su vez, a reconocerle la calidad de accionista y entregarle el título respectivo (artículo 384 del Código de Comercio).

Trátase de un negocio jurídico bilateral al exigir la presencia mínima de dos partes, la sociedad oferente y el suscriptor; de prestaciones correlativas por generar prestaciones para ambas partes; de ejecución, desarrollo o aplicación del reglamento marco consagratorio de las reglas mínimas de forzoso cumplimiento; oneroso y de forma libre o consensual, por cuanto se forma con la aceptación de la oferta de suscripción de acciones formulada por la sociedad proponente al destinatario, oportunidad desde la cual, se celebra y existe, contrayéndose las recíprocas obligaciones, y adquiriéndose los derechos correlativos, en especial, la calidad de accionista con todos los derechos y obligaciones inherentes.

Justamente, satisfechas las exigencias normativas y estatutarias, en particular, obtenido el permiso para la colocación, la suscripción de acciones, "no estará sometida a formalidades especiales y podrá acreditarse por cualquier medio de prueba" (artículo 394, Código de Comercio).

Por consiguiente, no es la expedición de los títulos o certificados provisionales, ni su inscripción en el libro respectivo (artículos 399, inc. 3º, y 195 del Código de Comercio), sino el acuerdo entre el suscriptor y la sociedad oferente, producido a partir de la aceptación oportuna, pura, simple y conforme al reglamento de colocación y suscripción, lo que determina la adquisición de la calidad de accionista, tanto cuanto más que por este contrato, como quedó dicho, aquél se obliga a pagar un aporte y someterse a los estatutos, y la última a reconocerle la condición de accionista y a entregarle el título correspondiente.

Al lado de la emisión, colocación y suscripción de acciones nuevas o en reserva, podrá adquirirse la acción y la calidad de accionista, por negociación con quien ostenta esta condición.

En línea de principio, las acciones en las sociedades anónimas, son libremente negociables, transmisibles y su negociación transmite la calidad de socio, sin necesidad del consenso de los restantes asociados, según corresponde a la preponderante relevancia de su conformación con un capital o fondo común de aportaciones (intuitu pecuniae), resultando de ordinario, indiferentes las calidades personales (intuitu personae) de sus asociados. La libre negociabilidad en las sociedades anónimas, atañe al statu socii, entre cuyos derechos se encuentra "[e]l de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos" (artículo 379, C. de Co) o el legislador así lo disponga (artículo 403 del Código de Comercio).

Tales restricciones, son estatutarias o legales, vinculantes mientras no excluyan en forma absoluta la transmisión, sino que la limiten, de forzosa observancia y pueden aparecer mediante la concesión de un derecho para la adquisición preferente de las acciones por la sociedad, los accionistas o ambos, respecto de terceros, en cuyo caso, después de su agotamiento, la enajenación es libre o, también referir a la autorización previa para la admisión de quienes reúnan

determinadas condiciones o no se encuentren en ciertas situaciones, verbi gratia, calidades específicas o ausencia de colisión o conflictos de intereses.

Cumple anotar que el derecho de preferencia en la negociación de acciones no es elemento esencial del contrato, exige consagración legal o estipulación estatutaria expresa y limita la libre negociabilidad de las acciones consagrado el derecho de la sociedad, el accionista o una y otro, para adquirirlas preferentemente frente a extraños en proporción a su participación de capital en la oportunidad correspondiente.

En todo caso, con arreglo al artículo 406 del Código de Comercio, "[l]a enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes", pero para producir efectos respecto de la sociedad y de terceros, deberá inscribirse en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante en forma de endoso sobre el título respectivo o por otro medio, exigiendo la nueva inscripción y la expedición del título al adquirente, cancelar los títulos precedentes.

En este contexto, tanto la suscripción de acciones emitidas con posterioridad a la constitución de la sociedad, cuanto su enajenación por los accionistas, son negocios jurídicos de forma libre, bastando el acuerdo de las partes expresado por toda forma idónea, directa o indirecta, expresa o "tácita" (rectius, conducta concluyente), incluso electrónica (artículo 824, Código de Comercio; Ley 527 de 1999). Sin embargo, para su oponibilidad a la sociedad y a terceros, deben acatarse las normas estatutarias y legales, expedirse el título accionario y registrarse en el libro de la sociedad.»

148. Finalmente, la Sala destaca que la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 31 de enero de 2019[89], se pronunció de forma específica sobre la naturaleza de la participación de los accionistas en el referido acuerdo, al indicar que: «*La suscripción de acciones es un acto discrecional de cada uno de los socios, ningún socio se encuentra obligado a suscribir más acciones con el fin de mantener su participación accionaria, no hay una norma que obligue una actuación en tal sentido. Por el contrario, el artículo 123 del Código de Comercio establece que "ningún asociado podrá ser obligado a aumentar o reponer su aporte si dicha obligación no se estipula expresamente en el contrato". Luego, el hecho de que un accionista no realice nuevos aportes que se vean representados en acciones por sí solo no es reprochable y mucho menos cuando ello no hace parte de la naturaleza y fines de la entidad pública demandada.»*

Análisis del caso concreto.

149. En el presente asunto, como se expuso al inicio de esta providencia, el demandante popular pretende el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público. En consecuencia, pide que se declare que CEDENAR S.A – E.S.P vulneró las anteriores garantías porque

[89] Sentencia 31 de enero de 2019 Consejero Ponente: Dr. Oswaldo Giraldo López. Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01856-01(AP)

incumplió las obligaciones establecidas en el contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960 y se disponga la restitución a favor del municipio de Pasto de lo que pagó por las acciones, así como la propiedad sobre la planta hidroeléctrica municipal del río Bobo.

150. Por su parte, el tribunal dejó sin efectos la cláusula duodécima de la Escritura Pública 2635 de 5 de diciembre de 1960, que contiene la obligación de la Empresa de suministrar el servicio de alumbrado público al municipio de Pasto y el pago de ese servicio con cargo a sus utilidades futuras y ordenó a CEDENAR S.A E.S.P, que en el término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de ese fallo, restituyera a ese ente territorial el valor de adquisición de las 415.000 acciones debidamente indexado desde el 1° de enero de 1961 y hasta su ejecutoria, disposiciones que equivalen, materialmente, a la de anulación del negocio existente entre el ente territorial y CEDENAR. En consecuencia, la Sala considera que la actuación del juez de la acción popular fue más allá de la protección de los derechos colectivos invocados y de la simple declaratoria de incumplimiento del contrato, pues dispuso su anulación, lo que habilita el examen del caso concreto de cara a la regla de unificación jurisprudencial establecida.

151. Con el propósito de establecer si en ejercicio de la actividad contractual y con ocasión el contrato de suscripción de acciones a que se viene haciendo referencia, las entidades demandadas vulneraron las garantías colectivas a la moralidad administrativa y al patrimonio público, la Sala procede, en primer lugar, a establecer la naturaleza y constitución de CEDENAR S.A, enseguida analizará el referido acuerdo.

1. Naturaleza jurídica y composición accionaria de Centrales Eléctricas de Nariño - CEDENAR S.A - E.S.P

152. Mediante Escritura Pública No. 2059 del 9 de agosto de 1955 de la Notaria Quinta del Círculo de Bogotá, CEDENAR S.A se estableció como una empresa de carácter mixto y fue constituida como sociedad por acciones domiciliada en Pasto. La Empresa fue inscrita en la Cámara de Comercio en la misma fecha de su constitución bajo el No. 0064 del Libro IX, con Matrícula Mercantil No. 000933-04, como una sociedad cuya duración es indefinida.[90]

[90] Folio 5 del cuaderno 3

153. Por Escritura No. 2728 de julio 27 de 1995, CEDENAR se conformó como sociedad anónima por acciones y mediante Escritura No. 735 de abril 15 de 2010 se reformaron sus Estatutos, vigentes a la fecha.[91]

154. El objeto de la sociedad lo constituye la prestación del servicio público de energía eléctrica y sus actividades complementarias de generación, distribución y comercialización, así como la prestación de servicios conexos o relacionados con la actividad del servicio público mencionado, de acuerdo con el marco legal y regulatorio. La Empresa está sometida al régimen general de las empresas de servicios públicos, en consecuencia, es una entidad vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.[92]

155. En la actualidad, el 99.99% del capital accionario de CEDENAR S.A E.S.P. es estatal. El 99.95% es de la Nación y el resto es de diferentes entidades de orden territorial, incluido el Municipio de Pasto quien posee el 0.0155776%. Lo anterior, según la composición accionaria certificada por la Revisora Fiscal y el Informe de Auditoría Financiera Vigencia 2018 CGR-CDSME - mayo de 2019.[93]

2. El contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960, suscrito entre el municipio de Pasto y CEDENAR S.A.

156. Del acervo probatorio allegado al expediente, se advierte que de conformidad con el acto de autorización expedido por el Concejo Municipal de Pasto, contenido en el Acuerdo 5 de marzo de 1960, el Alcalde y el Personero de Pasto, por una parte y, por la otra, el gerente de CEDENAR celebraron un contrato elevado a escritura pública No. 2635 del 5 de diciembre de 1960 de la Notaria Segunda de Pasto (Nariño). [94] Las cláusulas del acuerdo son las siguientes:

> «TERCERA: “Cedenar” se obliga a entregar a EL MUNICIPIO, los títulos correspondientes a cuatrocientas quince mil acciones (415.000), según la autorización dada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, por Resolución número 810 de 24 de agosto de 1960.-CUARTA. Como contraprestación, EL MUNICIPIO aporta al fondo social de CEDENAR la totalidad de los bienes inmuebles, instalaciones, maquinaria, equipos y demás elementos que componen la Planta hidroeléctrica Municipal del rio Bobo, así: a)- Los bienes inmuebles con todos los edificios en el construidos, sus mejoras, y anexidades; b)- todos los equipos, maquinaria, instalaciones y demás elementos y accesorios que componen e integran la actual Empresa

[91] https://www.cedenar.com.co/webcedenar/wp-content/uploads/2020/06
[92] https://www.cedenar.com.co/webcedenar/wp-content/uploads/2020/06/DOCUMENTO-CODIGO-DE-ETICA-BUEN-GOBIERNO-CORPORATIVO-Y-MANUAL-DE-TRANSPARENCIA-2020
[93] Folios. 571 vto y 572
[94] Folios 4 a 23 del Cuaderno 3

Hidroeléctrica Municipal, y, en general, todo lo que constituye la misma, con su organización, su entable, su fondo de comercio, sus relaciones y conexiones, su crédito o sea la hacienda industrial y de servicio, por activa y por pasiva, la aptitud de todos estos elementos reunidos y organizados como empresa, que tienen para producir beneficios todo lo cual se relaciona con los inventarios de avalúo, debidamente aprobados por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, mediante Resolución No. 1012 de 5 de octubre de 1960 y cuyo texto es como sigue: […] QUINTA: El Municipio no tiene enajenados a otra persona, en forma alguna, los bienes de que trata la cláusula anterior, los cuales se hallan libres de todo gravamen como censo, embargo, hipoteca, condiciones resolutorias, registro demanda civil, servidumbres etc. Y en los casos de la Ley se obliga a salir al saneamiento por evicción como si se tratare de contrato de compraventa.- SEXTA. CEDENAR simultáneamente con el aporte de bienes de la Planta Hidroeléctrica Municipal del río Bobo que hace EL MUNICIPIO, se cancela la obligación que por concepto de la financiación de tal Planta tiene a su cargo el Municipio de Pasto con el Banco Central Hipotecario, con vencimientos escalonados en un período de veinte años y que a la fecha de esta (sic) documento, asciende a la suma QUNIENTOS CUARENTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS, con 32/100. Así mismo CEDENAR se obliga a cancelarse en los créditos bancarios que EL MUNICIPIO tiene a su cargo en Bancos comerciales varios y todo hasta la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($850.000.00), suma que ha de deducir del valor de los bienes del Municipio ya indicados.- SÉPTIMA. Teniendo en cuenta que los bienes inmuebles, la maquinaria, equipos, instalaciones, etcétera, según los avalúos aprobados por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, valen la suma de CINCO MILLONES DE PESOS ($5.000.000.00), CEDENAR entrega CUATROCIENTAS QUINCE MIL (415.000) acciones, a razón de diez pesos ($10.00) cada acción, lo cual monta a la suma de CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA ML PESOS ($4.150.000.00). El remanente, o sea la cantidad de OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($850.000,00), lo aplicará CEDENAR a lo estipulado en la cláusula anterior.-OCTAVA: Ambas partes declaran que los bienes que se entregan y aportan, no han sido traspasados a persona distinta en forma alguna, se hallan libres de todos gravamen, y que se obligan a salir al saneamiento como si se tratara de contrato de compraventa.- NOVENA: EL MUNICIPIO se obliga para con CEDENAR a hacer la entrega material de todos los bienes que aporta, junto con el inventario completo de los mismos, el día PRIMERO DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UNO (1º. de enero de 1961), pero, de común acuerdo, las partes contratantes podrán señalar, mediante acta en la cual conste la estipulación, y que se protocolizará conjuntamente con esta escritura, un plazo prudencial de entrega, antes o después de la fecha indicada. Entretanto CEDENAR podrá verificar las existencias de equipos, instalaciones, maquinarias y demás elementos de la Planta Hidroeléctrica del río Bobo.- DÉCIMA: EL MUNICIPIO y CEDENAR estiman que los bienes que cada uno recibe de la otra, son de un valor equivalente, por lo cual no hay lugar a encimas de ninguna especie.- UNDÉCIMA: Según la presente negociación las CUATROCIENTAS QUINCE MIL ACCIONES (415.000) que suscribe EL MUNICIPIO dejaran de tener el carácter de reservadas para quedar en la condición de acciones totalmente liberadas, cuyos títulos se extenderán a favor de este, entidad que, por consiguiente, ingresara como accionista de CEDENAR a partir del día primero de enero de mil novecientos sesenta y uno (1 de enero de 1961).- DUOCÉCIMO: CEDENAR, se obliga a suministrar el servicio de alumbrado público a la Ciudad de Pasto, a las tarifas que al efecto fije el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquidaron a favor del Municipio en su carácter de accionista – El servicio comprenderá: a)- El suministro de la energía eléctrica necesaria para el alumbrado de cada una de las zonas de la ciudad y sus futuras extensiones, según lo que de común acuerdo, establezcan EL MUNICIPIO Y CEDENAR.- b)- El suministro de elementos para el citado alumbrado público de tipo de corriente, tales como bombillas, y

> pantallas, siendo entendido que todo elemento de tipo ornamental, o de costo extraordinario, será efectuado por el MUNICIPIO con sus propios fondos comunes. Deducidos los dividendos que se le liquidaren a favor de el (sic) MUNICIPIO, los gastos anteriores, el saldo que resulte, se reinvertirá en CEDENAR en nuevas acciones de la Sociedad por su valor nominal.- Si hubiere saldo en contra de (sic) EL MUNICIPIO, se diferirá para su cancelación posterior con futuras utilidades […]»[95].

157. Como se establece de su contenido, el contrato elevado a Escritura Pública No. 2635 del 5 de diciembre de 1960 entre el municipio de Pasto y CEDENAR S.A.[96] comprende varias obligaciones, como pasa a explicarse.

158. La minuta de *«suscripción de acciones»*[97] se protocolizó en la cláusula tercera de la escritura pública No. 2635 del 5 de diciembre de 1960. De esta forma, la Empresa se obligó a suscribir y entregar los títulos correspondientes a 415.000 acciones de esa sociedad a razón de diez pesos ($10.00) cada acción, en total la suma correspondió a $4.150.000.

159. El pago por parte del municipio se pactó en la cláusula cuarta del acuerdo. Ello mediante el aporte en especie de los bienes inmuebles, instalaciones, maquinaria, equipos, y demás elementos que componen la planta hidroeléctrica municipal del río Bobo por la suma de $5.000.000, los que se detallaron en el contrato. El valor se determinó con base en el inventario de avalúo[98] y contó con la aprobación de la Superintendencia de Sociedades Anónimas[99], de conformidad con la normativa entonces vigente.

160. Mediante la cláusula sexta del convenio, CEDENAR se obligó de forma simultánea con el aporte de bienes de la planta hidroeléctrica municipal del río Bobo que hizo el ente territorial, a cancelar la obligación que el municipio de Pasto tenía con el Banco Central Hipotecario. A la fecha de suscripción del documento, la deuda ascendía a la suma de $540.664,32 por concepto de la financiación de

---

[95] Folios 4 - 23 y 666 - 684 del cuaderno 3.
[96] Sociedad anónima de servicios públicos mixta, constituida por Escritura Pública 2059 de 9 de agosto de 1955, otorgada en la Notaria 5ª de Bogotá.
[97] De conformidad con el artículo 384 C. de Co, la «suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.». Los artículos 126 y 52 numeral 5° de la Ley 222 de 1995, prevén que, en el contrato de sociedad, los aportes pueden ser en dinero o en especie.
[98] Aprobado por Resolución 1012 de 5 de octubre de 1960 de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, *«Por la cual se aprueba la estimación de unos aportes en especie que se harán a una sociedad anónima»*, según certificación de folio 686 vuelto.
[99] Resolución 810 de 24 de agosto de 1960 protocolizada en la citada escritura pública, folio 637 y 639 cuaderno 1.

esa planta. La Empresa también se comprometió a pagar los créditos bancarios que el ente territorial tenía a su cargo en bancos comerciales varios, todo lo anterior hasta la suma de $850.000,00.

161. La clausula duodécima de la Escritura Pública 2635 de 1960, dejada sin efectos por el Tribunal Administrativo de Nariño en la providencia que se revisa, comprendió el acuerdo de prestación del servicio de alumbrado público por parte de CEDENAR, se reitera, en los siguientes términos:

> *«DUOCÉCIMO: CEDENAR, se obliga a suministrar el servicio de alumbrado público a la Ciudad de Pasto, a las tarifas que al efecto fije el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquidaren a favor del Municipio en su carácter de accionista – El servicio comprenderá: a)- El suministro de la energía eléctrica necesaria para el alumbrado de cada una de las zonas de la ciudad y sus futuras extensiones, según lo que de común acuerdo, establezcan EL MUNICIPIO Y CEDENAR.- b)- El suministro de elementos para el citado alumbrado público de tipo de corriente, tales como bombillas, y pantallas, siendo entendido que todo elemento de tipo ornamental, o de costo extraordinario, será efectuado por el MUNICIPIO con sus propios fondos comunes. Deducidos los dividendos que se le liquidaren a favor de el (sic) MUNICIPIO, los gastos anteriores, el saldo que resulte, se reinvertirá en CEDENAR en nuevas acciones de la Sociedad por su valor nominal.- Si hubiere saldo en contra de (sic) EL MUNICIPIO, se diferirá para su cancelación posterior con futuras utilidades»*[100].

162. Del contenido de la cláusula trascrita, la Sala establece que, además de la obligación de prestación del servicio referido a cargo de CEDENAR, ella contiene un acuerdo de pago con fundamento en la percepción de utilidades societarias futuras. Estos beneficios constituían un hecho incierto e indeterminado, tal como lo determina el artículo 182[101] del Decreto 2521 de 1950[102].

163. Conforme a lo anterior, la Sala considera que el acuerdo contractual se encuadró bajo las reglas legales de la obligación denominada de *«cosa futura»* en los términos del artículo 1869 del Código Civil. La norma establece que *«La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte.».* Si bien la regla las define en relación con la compraventa, se observa que atañen a las reglas generales de las

---

[100] Folios 19 vuelto y 20 del cuaderno 3.

[101] «Artículo 182. La sociedad no podrá pagar dividendos sino tomándolos del beneficio líquido establecido por los balances e inventarios aprobados por la asamblea general de accionistas.»

[102] «Por el cual se reglamenta el Capítulo 2° del Título 7° del Libro 2° del Código de Comercio, la Ley 58 de 1931, el artículo 40 de la Ley 66 de 1947 y las demás disposiciones legales vigentes sobre sociedades anónimas.»

obligaciones, de donde se deduce que se aplican a todo tipo de compromisos contractuales.

164. La Sala precisa que las obligaciones contraídas sobre *«cosa futura»*, comportan una contingencia incierta de ganancia o pérdida. En ellas, *«el objeto de la obligación no existe pero se espera –razonablemente- que exista, asunto que encaja perfectamente con un acuerdo en el seno de la sociedad comercial, en el cual se somete el nacimiento de una obligación o su exigibilidad a la existencia de las utilidades o dividendos de ejercicios subsiguientes. Como ya se advirtió, sobre ese pacto contractual la ley civil dispone que la obligación se entiende condicionada a la existencia de la cosa, es decir que, trasladando este tipo de obligación al campo de la sociedad anónima, la obligación de pago así pactada se encuentra condicionada al hecho del reparto de utilidades futuras a favor de los accionistas.»*[103]

165. Como se estableció, el municipio de Pasto aportó los bienes destinados al servicio de alumbrado a CEDENAR y el pago de la energía suministrada se sometió a la condición de utilidades futuras. En este orden, si en la sociedad se generaban utilidades para los accionistas, con ellas el municipio de Pasto cancelaría el costo de la energía correspondiente al alumbrado público hasta la concurrencia del monto de las utilidades que le correspondieran. Si hubiere excedente de utilidades a su favor, se reinvertiría en la suscripción de nuevas acciones. Además, se estableció que en el evento en que hubiere saldo en contra del municipio, el pago se diferiría para su cancelación posterior con futuras utilidades.

166. Del análisis del acuerdo contenido en la Escritura Pública 2635 de 1960, la Sala deduce que el municipio de Pasto entregó a CEDENAR la propiedad de los bienes que en ese momento conformaban la infraestructura del alumbrado púbico a cambio, principalmente, de su participación accionaria en la Empresa, sociedad anónima de carácter mixto con participación de varios accionistas. Entonces, al ingresar como accionista a partir del 1° de enero de 1961, el municipio asumió el riesgo de mayor o menor valor del patrimonio social y el de una rentabilidad incierta y de carácter variable.

---

[103] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, .C.P Marta Nubia Velásquez Rico sentencia de 10 de febrero de 2016, Rad, 19001-23-31-000-2007-00483-01(44196).

167. La Sala establece que, como consecuencia de lo anterior, las partes entraron en una asociación de riesgo compartido en relación con el alumbrado público. El municipio de Pasto se desprendió de su gestión en relación con el servicio a su cargo, respecto del cual sólo se obligó a asumir el costo de elementos ornamentales o de valor extraordinario. Por su parte, CEDENAR se comprometió a suministrar el alumbrado público, incluidos la energía eléctrica y los elementos necesarios para atender ese servicio, a las tarifas que fijara el Misterio de Fomento con cargo a las utilidades futuras que el municipio obtuvieran de esa operación. Lo anterior, además de la obligación de cancelar los créditos bancarios que tenía el municipio en cuantía máxima de $850.000.

168. En resumen, el acuerdo al que llegaron las partes encuadra en el contrato de suscripción de acciones en las que las entidades contratantes asumieron el riesgo compartido propio de la actividad societaria y el de la gestión futura de la operación social. Conforme al contenido del contrato, ambas partes tenían obligaciones y asumían costos y riesgos, correspondiéndole a CEDENAR suministrar la energía con el consecuente derecho al pago bajo la condición de que se causaran utilidades a favor del municipio, las cuales solo se producirían como resultado de la operación de la propia electrificadora. Esto conforme a las normas de los Códigos Civil y de Comercio. De esta manera, pese a que el actor popular adujo que el único beneficiado con el acuerdo contractual fue la Empresa pues el municipio no ha recibido utilidades derivadas de la operación comercial de la Planta de Río Bobo, tal situación no deviene en vulneradora de alguna garantía colectiva.

169. En este caso, del contenido de la cláusula duodécima de la Escritura Pública No. 2635 de 1960, antes trascrita, se establece que CEDENAR se comprometió a prestar el servicio de alumbrado público en el municipio de Pasto; sin embargo, las condiciones en que tal servicio debía ser prestado no pueden inferirse, en modo alguno, a partir del contenido del referido contrato, de suerte que habrían de ser establecidas por las partes de forma posterior. Esto último no se encuentra acreditado en el expediente.

170. En estos términos, el solo contrato resulta insuficiente para concluir, como se hizo en las sentencias de instancia, que CEDENAR incumplió las obligaciones contraídas en virtud de la suscripción del acuerdo. El material probatorio allegado a la actuación tampoco arroja certeza sobre lo aducido en la demanda, esto es,

que el negocio celebrado entre la Empresa y el municipio de Pasto únicamente benefició al primero.

171. Establecido lo anterior, la Sala considera necesario analizar el acuerdo contenido en la Escritura Pública No. 2635 de 1960 frente a las leyes de servicios públicos, con el propósito de determinar si con ocasión de la normatividad que se expidió con posterioridad a la suscripción del referido convenio, el acuerdo configuró alguna irregularidad que transgrediera las garantías colectivas alegadas en la demanda.

172. Como se estableció en consideración anterior, al momento de la suscripción del acuerdo CEDENAR era una empresa de carácter mixto, constituida como sociedad anónima. Posteriormente, el artículo 365 de la Constitución Política[104] determinó la obligación a cargo del Estado de asegurar la prestación de los servicios públicos de forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y se reservó la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Por su parte, el artículo 367 superior[105] lo habilitó para intervenir esa actividad, con la intención de asegurar el cumplimiento de sus finalidades en esta materia.

173. En el marco de lo dispuesto en los artículos 334[106], y 365 a 370 de la Constitución Política, el legislador expidió las leyes 142[107] y 143 de 1994[108]. La

---

104 «Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.»

105 «Articulo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.»

106 «ARTICULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.»

107 «por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.»

primera norma contiene un mandato de intervención estatal en los servicios públicos y señala los fines de dicha intervención, orientados a la realización efectiva del Estado Social de Derecho, así como los instrumentos para el desarrollo de la misma.[109]

174. En cumplimiento del artículo 182[110] de la Ley 142 de 1994, que ordenó que en los casos en que la Nación o las entidades territoriales estuvieren prestando directamente algún servicio público, debían constituir las empresas públicas necesarias, CEDENAR se transformó en una empresa de servicios públicos mixta constituida como sociedad anónima por acciones[111]. De esta manera, la Empresa quedó sometida al régimen establecido en ella y facultada para realizar las siguientes actividades: (i) la compra, exportación, importación, distribución y comercialización de energía eléctrica y de otras fuentes de energía; (ii) la construcción y explotación de fuentes de generación y subestaciones, de líneas de transformación y redes de distribución de energía eléctrica; (iii) la compra, venta y distribución de toda clase de elementos electromecánicos para el cumplimiento de su objeto social, y (iv) participar como socia o accionista en sociedades o empresas dedicadas a la realización de objetivos similares o complementarios.[112]

175. Por su parte, en la Resolución CREG 043 de 1995[113], se definió el servicio de alumbrado público en forma específica como el *«consistente en la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes*

---

[108] «por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.»
[109] Sentencia C-150 de 2003.
[110] «ARTÍCULO 182. FORMACIÓN DE EMPRESAS NUEVAS. Cuando la Nación o las entidades territoriales hayan estado prestando directamente un servicio público, deberán constituir las empresas de servicios públicos necesarias, dentro del plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la publicación de la presente Ley, salvo en los casos contemplados en el artículo 6 de esta Ley. A ellas podrán aportar todos los bienes y derechos que venían utilizando con ese propósito, y otros adicionales. Las nuevas empresas podrán asumir los pasivos de las entidades oficiales que prestaban el servicio, sin el consentimiento de los acreedores, pero quienes prestaban el servicio seguirán siendo deudores solidarios.»
[111] Por escritura No. 2728 de julio 27 de 1.995, CEDENAR se conformó como Sociedad Anónima por Acciones
[112] Según se analizó en el Anexo Conpes 3519 de 12 de mayo de 2008.
[113] «Por la cual se regula de manera general el suministro y el cobro que efectúen las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios a municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público.»

electrónicos instalados por el municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular.» y se determinaron los sistemas tarifarios, de facturación y de pago. Al fijar el mecanismo de recaudo en su artículo 9°, la norma estableció que *«El municipio es responsable del pago del suministro, mantenimiento y expansión del servicio. Este podrá celebrar convenios con las empresas de servicios públicos, con el fin de que los cobros se efectúen directamente a los usuarios, mediante la utilización de la infraestructura de las empresas distribuidoras.»*

176. Ahora, conforme al contenido del artículo 86[114] de la Ley 142 de 1994, parte del convenio comprendido en la Escritura Pública No. 2635 de 1960 se volvió de imposible cumplimiento, pues a falta de un pacto sobre el precio de la energía requerida por el municipio para atender el alumbrado público quedó en oposición del sistema tarifario de las empresas de servicios públicos, establecido en su Título VI, específicamente en lo que tiene que ver con los métodos de facturación previstos en la norma como imperativos. Esto a partir del 1º de enero de 1997, fecha en la cual culminó el término de la transitoriedad establecida en el artículo 10 de la Resolución CREG 043 de 1995, como pasa a explicarse.

177. La Sala precisa que las Leyes 142 y 143 de 1994 impusieron a las empresas prestadores el deber de cobrar el costo del servicio. Ese mandato fue desarrollado por medio de la referida Resolución CREG 043 de 1995, *«Por la cual se regula de manera general el suministro y el cobro que efectúen las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios a municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público.»*

178. La norma, en su artículo 2°, fija la responsabilidad que le asiste a las entidades involucradas en la prestación del servicio público de alumbrado, en los siguientes términos:

---

[114] «Artículo 86. El régimen tarifario. El régimen tarifario en los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, está compuesto por reglas relativas a: 86.1. El régimen de regulación o de libertad. 86.2. El sistema de subsidios, que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. 86.3. Las reglas relativas a las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, y que implican abuso de posición dominante.86.4. Las reglas relativas a procedimientos, metodologías, formulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas."
Ley 142 de 1994. "Artículo 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia. (…).»

«***Artículo 2º.Responsabilidad en las etapas de prestación del servicio de alumbrado público.***

Es competencia del municipio prestar el servicio de alumbrado público dentro del perímetro urbano y el área rural comprendidos en su jurisdicción.

El municipio es responsable del mantenimiento de los postes, redes, transformadores exclusivos para alumbrado público, luminarias y demás elementos destinados para la prestación del servicio de alumbrado público en los términos que se señalen en el convenio o contrato respectivo, para lo cual se tendrá en cuenta la propiedad de las redes y demás elementos destinados al servicio. Deberá, igualmente, velar por la incorporación de los avances tecnológicos que permitan hacer un uso más eficiente de la energía eléctrica destinada para tal fin, así como la de elementos que ofrezcan la mejor calidad de iluminación, según la capacidad de económica del municipio. Para realizar el mantenimiento se debe tener en cuenta la norma técnica colombiana correspondiente.

También le corresponde al municipio desarrollar la expansión de su sistema de alumbrado público, sin perjuicio de las obligaciones que señalen las normas urbanísticas o de planeación municipal a quienes acometan proyectos de desarrollo urbano.

El suministro de la energía eléctrica para el servicio de alumbrado público es responsabilidad de la empresa distribuidora o comercializadora con quien el municipio acuerde el suministro, mediante convenios o contratos celebrados con tal finalidad. Las características técnicas de la prestación del servicio se sujetarán a lo establecido en los Códigos de Distribución y de Redes.

El municipio podrá realizar el mantenimiento y la expansión por su propia cuenta o mediante convenio o contrato celebrado con la misma empresa de servicios públicos que le suministre la energía eléctrica o con cualquier otra persona natural o jurídica que acredite idoneidad y experiencia en la realización de dichas labores. En todo caso, dichas actividades se cumplirán con sujeción a la normalización técnica aplicable.»

179. De lo anterior, se establece que los municipios son los responsables ante la empresa distribuidora por el pago del consumo de energía que se utiliza para atender el servicio de alumbrado. Además, esos entes territoriales deben procurar por el mantenimiento y expansión de la red a través de la cual se presta. Para cumplir con ese deber pueden contratar su prestación con cualquier empresa distribuidora del país, quien responderá por el suministro de la energía eléctrica para el servicio de alumbrado público.

180. Con el propósito de permitir a los municipios apropiar los recursos presupuestales para atender esa responsabilidad, la CREG modificó la Resolución 043 de 1995, mediante el artículo 10° de la Resolución 043 de 1996, en lo

referente al plazo para adecuar mecanismos administrativos, fijándolo hasta el 30 de junio de 1996.[115]

181. Entonces, como el último aparte de la cláusula décima segunda de la referida escritura establecía que: *«Deducidos los dividendos que se le liquidaren a favor de el (sic) MUNICIPIO, los gastos anteriores, el saldo que resulte, se reinvertirá en CEDENAR en nuevas acciones de la Sociedad por su valor nominal.-* ***Si hubiere saldo en contra de (sic) EL MUNICIPIO, se diferirá para su cancelación posterior con futuras utilidades*** *[…]»,* tal estipulación entró en contradicción con la referida Ley 142 de 1994, toda vez que se refiere al pago con utilidades. De manera que por contener una forma de pago distinta a la que se estableció para los demás usuarios del sector oficial, no era posible seguir dando aplicación a esta parte del acuerdo.

182. Como consecuencia de lo anterior y ante la falta de negociación de precio[116], el acuerdo que facultaba al municipio para diferir el pago del servicio de energía suministrada al alumbrado público en forma indeterminada sujeta a los ejercicios sociales subsiguientes y de resultado incierto, esto es, con cargo a utilidades, tal modalidad no podía aplicarse para los consumos realizados a partir de su transformación como empresa de servicios públicos domiciliarios mixta. En cambio, la Empresa debió dar aplicación a la integración normativa bajo la modalidad impuesta por la regulación.

183. Ahora bien, la Sala señala que con ocasión de la expedición de la nueva normatividad, es decir, las Leyes 142 y 143 de 1994 y la Resolución CREG 043 de 1995, el acuerdo contenido en la cláusula décima segunda de la Escritura Pública No. 2635 de 1960, referido al pago del servicio de alumbrado con cargo a utilidades futuras, no quedó por ese sólo hecho incurso en alguna prohibición legal, toda vez que esas normas regularon materias que eran nuevas, tales como el precio libre o negociado para el caso de los usuarios no regulados y el sistema de facturación y pago dispuesto para los usuarios regulados. Así, en ausencia de pacto específico, quedaron integradas al contrato primigenio.

---

[115] «ARTICULO 10o. TRANSICION. Los municipios y las empresas distribuidoras o comercializadores de energía eléctrica tendrán plazo hasta el 30 de junio de 1996 para adecuar sus mecanismos administrativos de operación, y aplicar la presente resolución. No obstante, las empresas distribuidoras continuarán prestando el servicio en los términos acordados en los convenios que hubieren celebrado con las entidades territoriales que se encuentren vigentes y no resulten contrarias a las disposiciones legales aplicables a esta materia.»

[116] Esto solo ocurrió en el año 2003, por medio del Acuerdo No. 031 de 23 de diciembre de ese año, según se establece del folio 313 del cuaderno 3.

184. Como se extrae de la definición del servicio de alumbrado público, realizado en consideración anterior, él comprende una infraestructura específica cuya administración genera costos particulares y distintos de los de la energía domiciliaria. En consecuencia, el cobro del servicio que se implementó no deviene en ilegal, como se aduce en la demanda, pues CEDENAR tenía derecho a recibir el pago del servicio público de alumbrado que prestó, de acuerdo con el marco legal y regulatorio, a cargo del municipio de Pasto.

185. Posteriormente, el Decreto 2426 de 2006 *«por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público»*, estableció en su artículo 9° que los municipios podrían cobrar dicho servicio en las facturas de servicio público domiciliario, aspecto que también fue señalado en el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos:

> *«ARTÍCULO 29. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CUMPLIR EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE ALUMBRADO PÚBLICO. Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley 80 de 1993, contener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada, construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, incorporar en el modelo financiero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero. Así mismo, tendrán una interventoría idónea. Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización, y mantenimiento de aquel a través del cual se adquiera la energía eléctrica con destino al alumbrado público, pues este se regirá por las Leyes 142 y 143 de 1994.* ***La Creg regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía****.* ***Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto****.»*
> *Negrillas de la Sala.*

186. Frente a las anteriores normas, la posición de esta Corporación ha sido pacífica en torno a la posibilidad de cobrar el impuesto de alumbrado público a los usuarios del servicio de alumbrado, a través de la factura de servicios públicos domiciliarios[117]. De esta manera el cobro por el servicio de alumbrado público a cargo de los entes territoriales o de los usuarios tiene fundamento legal.

187. La Sala advierte que el actor popular pidió la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y como

---

[117] Tal como se expuso en sede de revisión eventual. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión. C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 2 de febrero de 2021, Radicación número: 08001-33-31-001-2007-00199-01(AP)REV (07-00199).

consecuencia de ello, solicitó que se ordenara la devolución de la Planta Hidroeléctrica del Río Bobo al municipio de Pasto. Por su parte, el tribunal dejó sin efectos la cláusula duodécima de la Escritura Pública 2635 de 5 de diciembre de 1960, que hace referencia a la obligación de la Empresa de suministrar el servicio de alumbrado público al municipio de Pasto y el pago de ese servicio con cargo a sus utilidades futuras y ordenó a CEDENAR S.A E.S.P, que en el término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de ese fallo, restituyera a ese ente territorial el valor de adquisición de las 415.000 acciones debidamente indexado desde el 1° de enero de 1961 y hasta su ejecutoria, disposiciones que equivalen a la nulidad del contrato; sin embargo, de lo examinado no se evidencia la configuración de alguna causal que habilitara tal declaración anulatoria ni mucho menos que esto procediera en sede popular.

188. Además, la Sala precisa que si bien, en principio, el incumplimiento contractual pudiera generar alguna vulneración de un derecho colectivo, esto no se probó en el caso analizado. Se reitera que del contenido del contrato elevado a la Escritura Pública No. 2635 de 1960, se establece que CEDENAR se comprometió a prestar el servicio de alumbrado público en el municipio de Pasto; sin embargo, la forma y las condiciones en que tal servicio debía ser prestado no pueden inferirse de ese acuerdo. Tampoco es posible aceptar, como se aduce en la demanda, que la Empresa tuviera a cargo la prestación del referido servicio sin recibir a cargo contraprestación alguna o con el solo traspaso de la planta de la Hidroeléctrica del Río Bobo, pues como se estableció, ello obedeció al contrato de suscripción de acciones estudiado en el que se difirió el pago del alumbrado público con cargo a utilidades futuras.

189. Como se indicó, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 no consagra el incumplimiento del contrato como causal de nulidad absoluta[118]. También se determinó que conforme el artículo 45 ibídem[119] sólo están legitimados para

---

[118] ARTICULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente
nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:
1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y
la ley;
2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.
4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

[119] Modificado por el inciso 3o. del artículo 32 de la Ley 446 de 1998

demandar la nulidad absoluta del contrato, las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo en el mismo, o podrá ser declarada de oficio por el juez cuando esté plenamente demostrada y siempre que en el proceso intervengan las partes o sus causahabientes.

190. En el mismo sentido, conforme al Estatuto Contractual, la terminación y liquidación del contrato incumbe a las partes. Así, la Sala observa que, ante un eventual incumplimiento, ellas están habilitadas para acudir al juez del contrato a través del medio de control de controversias contractuales establecido en el artículo 141 del CPACA que prescribe su procedencia para pedir el reconocimiento de perjuicios por el referido incumplimiento. Tales pretensiones no pueden ser pedidas por alguien ajeno al contrato ni es posible alegar garantía de resultado de la operación societaria, pues en este caso las partes sometieron el pago del servicio a la condición de utilidades futuras.

191. Ahora, en gracia de discusión, ante la evidencia de algún detrimento patrimonial que sufriera la entidad u omisión por parte de los servidores de declarar algún supuesto incumplimiento, lo que procedería es el adelantamiento de las respectivas actuaciones fiscales y disciplinarias. Lo anterior, dentro del marco de las competencias asignadas a los entes correspondientes, para determinar las posibles responsabilidades pero no declarar la nulidad del contrato y mucho menos en el marco de la acción popular.

192. En el caso analizado, tampoco procedía la aplicación del artículo 1544 del Código Civil[120], tal como se dispuso en las sentencias de instancia, en cuanto ordenaron la restitución al municipio de Pasto del valor de las 415.000 acciones con los intereses correspondientes. Lo anterior, teniendo en cuenta que en el contrato elevado a la Escritura Pública No. 2635 de 1960 no se estableció alguna condición resolutoria y que, en todo caso, se determinaron prestaciones y obligaciones a cargo de ambas partes. En efecto, además de las obligaciones ya analizadas, la Empresa se obligó a cancelar las obligaciones que tenía el municipio de Pasto con bancos comerciales por la suma de $850.000 y el ente

[120] Artículo 1544. Cumplimiento de la condición resolutoria. Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere.

territorial quedó a cargo de mantener la red de alumbrado público entregada a CEDENAR.

193. Conforme se indicó en consideración anterior, en el contrato de suscripción de acciones la calidad de accionista presupone la efectiva realización de un aporte al capital de la sociedad anónima o la adquisición de la acción por alguno de los modos consagrados en la ley. En este caso, de la revisión del contenido del contrato elevado a la Escritura Pública No. 2635 de 1960, la Sala establece que ello tuvo lugar en este caso, toda vez que la participación económica del socio municipio de Pasto a la sociedad CENDENAR S.A se concretó en la trasferencia de los bienes inmuebles que conforman la Planta Hidroeléctrica del Río Bobo a cambio de $850.000 y de las 415.000 acciones de la sociedad.

194. En resumen, analizado el contrato de suscripción de acciones elevado a la Escritura Pública No. 2635 de 1960, suscrito por el municipio de Pasto y CEDENAR, la Sala no evidencia la vulneración de las garantías colectivas a la moralidad administrativa o el patrimonio público, alegadas en la demanda.

3. Creación del Servicio Público de alumbrado de Pasto – SEPAL S.A E.S.P.

195. La posterior constitución de la SEPAL S.A E.S.P. en el año 2003, y el traslado de la prestación del servicio público de alumbrado a esa Empresa, tampoco comporta, por sí sola, incumplimiento del contrato o alguna irregularidad que configure la trasgresión de los derechos e intereses colectivos a la moralidad y al patrimonio público, como se explica a continuación.

196. La Sala observa que la creación de la empresa SEPAL S.A. E.S.P, se dispuso por medio del Acuerdo 008 de 30 de abril de 2003 del Concejo de Pasto[121]. Su constitución se protocolizó mediante la Escritura Pública No. 4039 de 4 de noviembre de ese año como una empresa de naturaleza mixta por acciones, con aportes estatales y del sector privado con el objetivo de prestar el servicio de alumbrado público en el sector urbano y rural de ese municipio.

197. Del análisis de los antecedentes de la anterior decisión, contenidos en los Acuerdos Municipales 031 de 23 de diciembre de 2003 y 038 de 19 de diciembre de 2004, además de las Actas 006, 061, 063, 066, 071, 073, 084, 085, 086, 089,y

[121] Folios 304 a 306 del cuaderno 3

090 de 203 del Concejo de Pasto[122], se establece que ella se tomó de forma autónoma por parte del ente territorial con el propósito de administrar de mejor manera el servicio público de alumbrado público, al considerar ese ente coadministrador que la operación de CEDENAR arrojaba pérdidas para los socios.

198. De las pruebas allegadas al expediente, se estableció que el 15 de febrero de 2004 el municipio de Pasto y SEPAL S.A suscribieron un contrato interadministrativo de concesión[123], a través del cual el ente territorial le otorgó a la segunda la prestación del servicio de alumbrado público a cambio de las tasas fijadas. En ese acuerdo también se dispuso que la prestación de ese servicio público a cargo de CEDENAR S.A E.S.P. «*se debe proceder a liquidar*». De lo expuesto, es posible establecer que la decisión de crear una nueva empresa administradora se tomó por parte del ente territorial de forma autónoma como responsable del suministro, mantenimiento y expansión del referido servicio público.

199. El subgerente de Distribución y Generación (E) de la Empresa certificó que la energía generada en la P.CH Río Bobo es de uso genérico y que, por su condición de ser interconectada, se utiliza para alimentar diferentes usuarios de la red, incluido el alumbrado público. En esa oportunidad, indicó que las condiciones del mercado actuales hacen que la energía generada se reporte al Mercado de Energía Mayorista y se contempla en la liquidación total de la energía que demanda CEDENAR S.A E.S.P. como comercializador. De esta forma, no hay posibilidad de encausar la energía directamente a suplir las necesidades de alumbrado público, el uso es genérico y la generación de energía en la planta participa en un porcentaje de la demanda total del sistema eléctrico de la empresa[124].

200. La Sala además observa que CEDENAR S.A E.S.P. pasó a ser socio de SEPAL, de manera que además de suministrar principalmente el servicio de energía y sus conexos, participa de forma indirecta de la prestación del referido servicio público. En efecto, según la Escritura Pública 4039 de 4 de noviembre de 2003 de la Notaría Tercera de Pasto y los Títulos Nos. 224 y 225 de noviembre de 2004, la Empresa adquirió 77.186 acciones ordinarias de SEPAL S.A. por un valor de $771.860.000. A 28 de julio de 2009, CEDENAR S.A E.S.P poseía 132.455

[122] Folios 136 a 206 del cuaderno 3
[123] Folios 312 vuelto a 314 del cuaderno 3
[124] Folios 637 -638

acciones que representaban el 33.47% de participación patrimonial, correspondientes a $1.324.550.000.[125]

4. Sobre la presunta disminución accionaria del municipio de Pasto en CEDENAR S.A E.S.P.

201. En la demanda también se alegó que las garantías colectivas de la moralidad y el patrimonio público resultaron transgredidas con la disminución de la participación accionaria del municipio de Pasto en CEDENAR S.A E.S.P; no obstante, ese hecho no constituye lo afirmado, según las pruebas allegadas al expediente.

202. En efecto, la contadora de la empresa CEDENAR S.A E.S.P hizo constar tal participación, así: i) 1985-1973= 2.737671%, ii) 1991-1986= 2.737671%, iii) 1996-1992= 2.737671%, iv) 1999-1997 = 0.0173035%, iv) 2003-2000=0.0134497% y v) 2008-2004 = 0.0047152%. En la misma certificación esa profesional explicó que lo anterior obedeció a: i) la suscripción y pago de 2.473.476.406 acciones por valor de $24.734.764.070 en diciembre de 1997 por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ii) la suscripción y pago de 713.244.114 acciones por valor de $7.132.441.140 en noviembre de 2000 por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y iii) la suscripción y pago de 5.932.350.870 acciones por valor de $59.323.508.700 en diciembre de 2004 por parte del IPSE.[126]

203. Por su parte, el jefe de la División de Operaciones de CEDENAR S.A E.SP, mediante memorando de 30 de julio de 2009 dirigido a la jefe de la Oficina Jurídica de la misma entidad indicó que *«los activos listados conforman las redes ensanchadas de Alumbrado Público valorizadas a diciembre de 2003; comparando los activos constituidos en acciones en SEPAL en el año 2004 contra lo recibido en 1960 del municipio se observa un crecimiento importante en redes de alumbrado público y valor de las mismas.»*[127]

204. De todo lo anterior, es posible deducir que los aspectos y circunstancias a que se han hecho referencia en consideraciones anteriores corresponden al normal giro de la operación societaria y que de las pruebas allegadas no se

[125] Folios 640 vuelto y 645
[126] Folios 645 vuelto
[127] Folios 653

establece el desmejoramiento de las condiciones del municipio de Pasto como socio de la Empresa ni el detrimento de los recursos públicos.

5. Sobre la conciliación celebrada entre el municipio de Pasto y CEDENAR S.A E.S.P por concepto de costo por la prestación de servicio de alumbrado público desde 1960 hasta el 30 de junio de 2002.

205. El 17 de marzo de 2003, CEDENAR S.A E.SP y el municipio de Pasto celebraron un acuerdo conciliatorio ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, en la que el ente territorial reconoció que adeudaba a la Empresa la suma de $7.574.323.386 por concepto de los costos en que esta última incurrió en la prestación del servicio de alumbrado público a la entidad territorial desde 1960 hasta el 30 de junio de 2002.

206. Como se estableció, el municipio de Pasto es el responsable del pago del suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado eléctrico. Entonces, tal pago debía efectuarse conforme a lo convenido en la Escritura Pública No. 2635 de 5 de diciembre de 1960, de manera que lo reconocido por esa obligación encuentra sustento legal en el mencionado acuerdo y en las normas antes referidas y fáctico en el hecho de que el servicio fue efectivamente suministrado por CEDENAR S.A. E.S.P.

207. La Sala establece que en esa oportunidad el municipio se comprometió a adelantar las gestiones correspondientes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de obtener el pago de la referida suma a favor de la a ese momento comercializadora, teniendo en cuenta que no se habían liquidado ni pagado utilidades a favor de municipio. Además se acordó que en el caso de que no se obtuviere el pago por parte de la Nación o este fuere parcial, el cobro del saldo adeudado se haría con cago a las utilidades que se liquidaren en CEDENAR S.A E.S.P a favor del socio municipio de Pasto.[128]

208. Para cumplir con lo conciliado, se aplicó el giro del Fondo Nacional de Regalías por el valor de $7.439.949.404 correspondiente al capital y se castigaron los recargos por valor de $134.373.982. Los datos que soportaron el valor conciliado se certificaron hasta el 30 junio de 2002.

---

[128] Folios 647 - 650

209. Según constancia emitida por la profesional especializada de la entidad demandada[129], el 5 de abril de 2004 el Fondo Nacional de Regalías giró el valor de $12.753.179.447 a favor de CEDENAR S.A E.S.P por concepto de pago de la deuda de los entes territoriales, en virtud de la Ley 859 de 2003 que modificó la distribución y porcentaje de destinación de algunos recursos administrados por la Dirección General del Tesoro Nacional y que no habían sido apropiados en el Fondo Nacional de Regalías. La misma dependencia certificó los pagos que realizó a favor de SEPAL, en los años 2004 al 2009 por concepto de excedentes de alumbrado público.[130]

210. Con fundamento en lo anterior, la Sala considera que la actuación descrita no comporta la vulneración alegada en la demanda porque ella encuentra fundamento legal y obedeció al pago del servicio de alumbrado a cargo de la entidad territorial, con fundamento en el marco regulatorio expuesto en consideraciones anteriores.

211. En conclusión, en el caso concreto no se probó de forma precisa que con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960 se hubiera afectado el patrimonio público del municipio de Pasto, conforme lo explicado en consideraciones anteriores, toda vez que: i) no se evidenció el incumplimiento por parte de CEDENAR S.A E.S.P al referido contrato, ii) el valor de las acciones de la sociedad se incrementó; iii) la disminución de la participación accionaria del ente territorial obedeció al aumento de ella por parte de la Nación; y, iv) no se acreditó que con la creación de la empresa SEPAL S.A para la prestación del servicio público de alumbrado se hubiera configurado vulneración o trasgresión a alguna garantía colectiva.

212. La Sala observa que al momento de ser seleccionado el proceso para revisión no se dispuso la suspensión de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Nariño en la sentencia de 4 de mayo de 2011 y que en el expediente no obra alguna prueba que acredite su cumplimiento; sin embargo, considera que es pertinente ordenar la restitución de las actuaciones que se hubieren adelantado para acatar la providencia que se revoca. El Juez Octavo Administrativo del

---

[129] Folios 609
[130] «Por la cual se modifica el parágrafo 1º del artículo 35 transitorio de la Ley 756 de 2002.»

Circuito de Pasto ejecutará esta orden y adoptará las medidas a que haya lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 274.6 del CPACA[131].

213. Por las razones expuestas, la Sala decidirá en el sentido de revocar la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño del 4 de mayo de 2011 y adicionada el 8 de junio de la misma anualidad, pues no se probó la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, invocados en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Diez Especial de Decisión de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

PRIMERO: Se unifica la jurisprudencia respecto de la competencia del juez de la acción popular en materia de contratos, en los siguientes términos:

En las acciones populares iniciadas antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, el juez no tiene la facultad de anular los contratos administrativos que considere causa de la amenaza o violación de derechos colectivos. En estos casos, el juez podrá adoptar las medidas materiales que los garanticen; para el efecto, tiene la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto.

SEGUNDO: Se advierte a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación, constituyen precedente y tendrán aplicación en las decisiones judiciales que se profieran a partir de la fecha.

TERCERO: Se revoca la sentencia del 4 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que modificó la providencia del 23 de julio de 2010, dictada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto,

---

[131] Artículo 274. Competencia y trámite.
[…]
6. Si prospera la revisión, total o parcialmente, se invalidará, en lo pertinente, la sentencia o el auto, y se dictará la providencia de reemplazo o se adoptarán las disposiciones que correspondan, según el caso. Si la sentencia impugnada se cumplió en forma total o parcial, la Sentencia de Unificación dejará sin efectos los actos procesales realizados y dispondrá que el juez inferior ejecute las órdenes sobre las restituciones y adopte las medidas a que haya lugar.

conforme con las consideraciones expuestas. En su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Se ordena la restitución de las actuaciones que se hubieren adelantado para acatar la providencia que se revoca. El Juez Octavo Administrativo del Circuito de Pasto ejecutará esta orden y adoptará las medidas a que haya lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 274.6 del CPACA

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Magistrada

Firmado electrónicamente
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada

Firmado electrónicamente
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ A.
Magistrada

Firmado electrónicamente
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Salvamento parcial de voto

Firmado electrónicamente
PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado