

---

---

# ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO

---

---

## ¿LA ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA ACCIÓN POPULAR: EL EJERCICIO DE UNA COMPETENCIA IMPLÍCITA QUE VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO?

Comentarios a las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 6 de octubre de 2005<sup>1</sup>, 26 de mayo de 2006<sup>2</sup> y 21 de febrero de 2007<sup>3</sup>

Dr. LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL

Fecha de recepción: 30 de abril de 2007 – Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2007

### Resumen

*El desarrollo de las acciones populares en Colombia ha motivado diversas discusiones en torno a los paradigmas tradicionales del derecho procesal. En este caso se muestra la evolución jurisprudencial respecto a la posibilidad de usar la acción popular para la protección de derechos colectivos como un instrumento de control judicial en el actuar administrativo, mediante la facultad que tendría el juez de anular un acto administrativo que resulte lesivo de uno de estos derechos.*

**Palabras Clave:** *Acción popular, derechos colectivos, nulidad, actos administrativos, suspensión.*

### Abstract

*The evolution of collective rights actions in Colombia has motivated several debates regarding the traditional views of our Procedural Law. In this case, it is further discussed by our jurisprudence the possibility for a judge in a collective rights action to control administrative acts and its authority to annul said acts when they infringe or violate collective rights.*

**Key Words:** *Collective rights action, annulment, administrative acts, administrative controls, due process.*

## 1. Introducción

---

<sup>1</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005); radicación número: AP-13001-23-31-000-2002-00135-01. Con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa Palacio y con salvamento de voto de los consejeros María Elena Giraldo G. y Alier Hernández E.

<sup>2</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2006. AP-25000-23-25-000-2002-01089-01; Actor: Contraloría de Bogotá; Demandado: Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Esta sentencia tiene salvamento de voto del doctor Alier Hernández y la doctora María Elena Giraldo; y tiene aclaración de voto del doctor Mauricio Fajardo Gómez, quien no comparte el punto relativo a la incompetencia para anular actos administrativos en acciones populares.

<sup>3</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de dos mil 2007; radicación número: AP-25000-23-25-000-2005-00355-01. Actor: Mauricio Rodríguez Echeverry Demandado: Ministerio de la Protección Social y otros. Con ponencia del doctor Enrique Gil Botero.

La desvalorización de la ley como pilar de nuestra estructura normativa ha traído consigo el ocaso del principio de legalidad en tanto que se ha debilitado como garantía de apaciguamiento de la arbitrariedad del poder. La hermenéutica libre enquistada en la conciencia del operador jurídico contemporáneo que privilegia el resultado de la aplicación de la norma más que su contenido, la precariedad del proceso legislativo, la deslegitimación de los órganos de representación popular, desorientan la brújula que por tantos años guió el pensamiento jurídico occidental. Sin embargo, nadie se atrevería a afirmar que la legalidad ha dejado de ser una exigencia fundamental del actuar público y, seguramente, ningún funcionario se atrevería a desconocer una norma para imponer su criterio sin soporte normativo. La legalidad se manifiesta entonces como una aspiración vital de la que nos alejamos cada vez más, pero que nunca podremos perder de vista. Los sistemas democráticos “modernos” tienen aún mucho camino por recorrer en la consolidación del proceso de sometimiento real del poder al derecho.

Este tipo de tensiones socavan las frágiles estructuras ideológicas sobre las que se cimientan nuestras instituciones jurídicas que, parece ya una frase de cajón decirlo, están en permanente crisis. En estos momentos se nos plantea el reto de saber si el respeto al principio de legalidad debe prevalecer frente a consideraciones de competencia judicial –manifestación también de la legalidad–, esto es, el frecuente episodio de un funcionario judicial que advierte una ilegalidad de un acto administrativo y se pregunta si puede o no adoptar medidas de control contra dicho acto (como su anulación) así tal pretensión no haya sido formulada por las partes o, por otro lado, si a pesar de no tener asignada una competencia para adoptar ese tipo de decisiones, puede ejercer algún control. En otras palabras, el enfrentamiento del principio de legalidad contra sí mismo.

No es extraño encontrar en el universo de normas que componen nuestro ordenamiento, unas que facultan al juez de manera oficiosa a controlar actos jurídicos lesivos del derecho objetivo imperativo, incluso si ninguna de las partes del proceso formulan expresamente una pretensión anulatoria v.gr. el artículo 2 de la Ley 50 de 1936 señala que la “nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”. Esta importante facultad de control judicial a los particulares se compadece con el principio constitucional de la responsabilidad de éstos por la infracción de la ley, asegurando su cumplimiento, indistintamente de su comportamiento procesal.

Este noble ideal no opera en el derecho administrativo, donde supuestamente el control de legalidad debería ser más estricto. La invocación del principio de justicia rogada que enmarca nuestra jurisdicción contenciosa, como presunta garantía de la separación de poderes, ha hecho casi imposible que un control similar sea ejercido por el juez para frenar la natural tendencia del poder público a avasallar los derechos. No hay una cláusula general de competencia anulatoria oficiosa contra actos administrativos ilegales para el juez contencioso ¿Por qué un tratamiento tan benévolo?

La imposición de la eficacia en la administración de justicia como principio constitucional obligatorio y la cláusula de Estado Social de Derecho como definición de la axiología sustancial de nuestro Estado deben redimensionar el

objeto de la jurisdicción administrativa, obsesionada por la forma de la “acción” como tema principal del proceso, cuando lo más importante en un ejercicio sincero de sometimiento a la legalidad debe ser la pretensión que busca ser satisfecha por el administrado:

“Se trata, lisa y llanamente, de recuperar la pretensión como eje central del proceso. El replanteamiento del ámbito objetivo del proceso contencioso sólo tiene sentido si se retoma la idea tradicional que asimila la pretensión al objeto del proceso (...) La integridad del control jurisdiccional, el reconocimiento de un proceso pleno entre partes y los poderes ilimitados de los jueces en el proceso son, sin duda, los grandes ausentes de la justicia administrativa de nuestro tiempo, que no ha sabido sobreponerse a una jurisprudencia eminentemente formalista, capaz de vaciar de contenido las claras intenciones del legislador de tener por superado el ámbito del recurso objetivo por exceso de poder del ordenamiento francés”<sup>4</sup>.

## **2. El problema en la acción popular**

A medida que la acción popular se incorpora al lienzo inacabado de nuestro paisaje jurídico, los problemas y desafíos originados en la agreste topografía de la Ley 472 de 1998 vienen siendo enfrentados mediante el normal proceso de evolución jurisprudencial, así como de esfuerzos administrativos de la judicatura por darles algún tipo de uniformidad y razonabilidad a las numerosas decisiones que sobre la materia se vienen produciendo. Sin embargo, las pinceladas son tan difusas como para hacerse a una idea de cómo va quedar la obra –o si este alguna vez se va a terminar–.

Hoy en día, por ejemplo, se acepta pacíficamente que un acto administrativo puede ser fuente de amenaza o violación a un derecho colectivo. Lo que no ha podido dilucidarse con precisión es si el acto administrativo que lesiona un derecho colectivo es susceptible de ser anulado en la acción popular de que trata la Ley 472 de 1998.

Por mucho tiempo, nuestra jurisprudencia fue tajante en negar al juez contencioso la posibilidad de anular un acto administrativo dentro de una acción popular para la protección de derechos colectivos. Entre otras, argumentó que: i) Los actos administrativos se presumen legales mientras no exista una decisión judicial que los suspenda o los anule y tal decisión debe adoptarse por vía diferente a la acción popular, ii) El juicio mediante el cual se puede suspender o anular un acto administrativo debe ser impulsado por quienes tengan la legitimidad para ello, pues para eso el legislador diseñó las acciones ordinarias, iii) El legislador al regular las acciones populares no instituyó un sistema que desconociera las acciones judiciales ordinarias, ni tampoco consagró una dualidad de procedimientos que congestionaran los despachos judiciales y, finalmente, iv) Si la parte actora dispone de otros medios de defensa judicial, debe utilizarlos de manera preferencial, por cuanto

---

<sup>4</sup> García Pérez, Marta. *El Objeto del proceso contencioso administrativo*. Pamplona. Editorial Aranzadi, 1999, pp. 30 y 35.

el juez de la acción popular no puede invadir la órbita de competencia que tiene el juez ordinario<sup>5</sup>.

Últimamente la jurisprudencia nacional ha pasado de considerar que el juez, si bien no puede anular el acto administrativo, sí tendría competencia para suspenderlo “indefinidamente” (sentencia del 6 de octubre de 2005) o, posteriormente, que sólo podría ordenar su revocatoria directa por parte de la Administración, siempre que se cumplan los supuestos de ley para el ejercicio del control de auto tutela (sentencia del 26 de mayo de 2006) para, más recientemente, acoger la que se ha denominado tesis garantista para la protección de derechos colectivos y reconocer que el juez contencioso en sede de acción popular puede anular el acto administrativo cuando dicho acto amenace o lesione un derecho colectivo (sentencia del 21 de febrero de 2007).

En el primer sentido se manifestó la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 6 de octubre de 2005, en la que ordenó al demandado “abstenerse de ejecutar, seis meses después de la fecha en que se le notifique esta sentencia, el Decreto 0023 de enero 16 de 2003”. Dijo el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“El juez popular sólo está facultado para impartir órdenes de hacer o no hacer, incluyendo la de que las autoridades se abstengan de ejecutar los efectos de tales actos, sin que se le haya atribuido la competencia para anularlos, lo cual no impide que pueda entrar a revisar su legalidad, cuando la vulneración del derecho colectivo se acusa precisamente como consecuencia de la ilegalidad del acto, **sin que en ese caso su decisión pueda superar la orden de suspender los efectos del mismo**”. (Negrilla fuera de texto)

El Decreto 0023 de enero 16 de 2003 era –¿o debe decirse es?– una norma que prorrogaba la medida de restricción de circulación de vehículos automotores en algunas calles y parques de la ciudad de Cartagena. Frente al mismo, dijo el Consejo de Estado:

“También es claro para la Sala que al establecer una restricción vehicular, sin salvedades ni matices, también se vulneraron los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público de los más frágiles (ancianos y niños). El alcalde no estaba pues facultado ni constitucional ni legalmente para modificar el POT, perjudicando de paso a un amplio sector de la población, que en ningún momento fue consultada para tomar una medida de esa magnitud. Al hacerlo la autoridad municipal quebrantó el derecho colectivo al uso del espacio público, al presentarse una desviación o abuso de sus atribuciones como autoridad de tránsito, que implica una invasión inconsulta de las

---

<sup>5</sup> Ver, entre otras providencias que acogieron la tesis restrictiva: Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000; Sección Segunda, sentencia de marzo 23 de 2000; Sección Cuarta, sentencia del 28 de agosto de 2003; Sección Quinta, sentencias de junio 1 de 2000 y del 9 de noviembre de 2001. También: Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Radicación números AP-102 del 3 de diciembre de 2001 y AP-085 del 19 de julio de 2001; Sección Primera, Radicación números AP-123 del 6 de julio de 2001 y 07001-23-31-000-2001-0002-01 del 6 de diciembre de 2001; Sección Cuarta, auto de octubre 5 de 2001, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-0257-01 y Sección Quinta, sentencias del 6 de julio de 2001, Radicación número: 25000-23-25-000-2000-0082-01 y sentencia del 24 de julio de 2003, Radicación número: 73001-23-31-000-2002-0636-01.

atribuciones del concejo como autoridad regulatoria en materia de uso de suelos”.

En atención a esta breve síntesis, podría concluirse que, según la providencia citada, en la acción popular sí se puede hacer un juicio de legalidad del acto administrativo que, de violar o amenazar un derecho colectivo, puede ser suspendido por el juez de la acción popular.

En nuestro segundo caso de estudio, en la sentencia del 26 de mayo de 2006, se acreditó la desviación de poder e ilegalidad de una serie de actos que reconocieron unos beneficios prestacionales por fuera de los términos de la ley. Dijo el Consejo de Estado:

“En este asunto, los cargos imputados a la entidad demandada son fundados en conductas que según el mismo demandante no se sometieron al ordenamiento jurídico existente, ni responden al manejo ético y eficiente que “en forma intrínseca corresponde a un ente de su categoría”, pues con el Acuerdo 24 mencionado y el Acta Convenio de 7 de abril de 1992 las partes involucradas se desviaron de lo normado por la Constitución y la ley “para perseguir intereses particulares que se contraponen a los principios de transparencia, economía, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y obviamente el de moralidad que debe acompañar las actuaciones de todo servidor público comprometido con sus funciones bajo el marco de la Constitución y la ley”, los cuales, como quedó acreditado en el proceso, se configuraron pues **se advierte un comportamiento en franca rebeldía con mandatos claros superiores, lo que –a juicio de la Sala– configura una nítida modalidad de desviación de poder**, pues so pretexto de la autonomía universitaria (cuyo alcance no es absoluto como se expuso anteriormente) se pretendió eludir el cumplimiento de los límites señalados por la Constitución y la ley y por esa vía: i) se usurparon las funciones que constitucionalmente atañen en forma privativa al Congreso y al Gobierno Nacional para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos bajo la modalidad regulatoria de las normas marco al expedir su propio régimen, con total desconocimiento de las competencias asignadas a otras autoridades; ii) se contravino el claro y perentorio mandato de la ley (art. 414 del C.S.T.) al extender los beneficios acordados en una convención colectiva de trabajo a los empleados públicos del ente universitario accionado”. (Negrilla fuera de texto)

En esta oportunidad, sin embargo, el Consejo de Estado se abstuvo de suspender o de anular dichos actos y, por el contrario, ordenó su revocatoria “si fuera posible” o iniciar las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho correspondientes. Así se pronunció en la parte pertinente:

“**TERCERO:** De no ser posible en todos los casos la revocatoria directa de los actos que reconocieron derechos pensionales, ORDÉNASE a la Universidad Distrital “Francisco José de Caldas” iniciar en el término perentorio de 30 días siguientes, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho respectivas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo”.

¿Por qué la diferencia? La disimilitud planteada en estas dos primeras providencias en el tratamiento de un mismo fenómeno –la ilegalidad del acto analizada dentro de la acción popular– parece derivarse del carácter general o particular del acto administrativo. En efecto, en la sentencia de octubre de 2005

se accedió a la suspensión “modulada” de un acto “general” ilegal, mientras que en el segundo no se accedió a la suspensión de los diversos actos “particulares” ilegales. No parecería que el tema de la gravedad del vicio que afectaba a los actos tuviera ninguna participación en la argumentación, ni tampoco el derecho colectivo involucrado.

Una visión pragmática del derecho justificaría que renunciáramos a seguir debatiendo el tema de la anulación del acto administrativo en el trámite de la acción popular: lo importante es que los efectos del acto administrativo puedan ser objeto de control por el juez popular y éste puede suspenderlos –incluso con carácter definitivo– cuando se trata de un acto general, cosa que no podría ocurrir respecto de actos particulares, pues ello podría comprometer el debido proceso de los beneficiarios del acto y porque en la acción popular no se tutelan derechos subjetivos.

Desafortunadamente –y ese parece ser el carácter de los que vivimos en el derecho– las palabras sí hacen una diferencia y el “demonio está en los detalles”.

Resulta que suspender no es anular y, aún más, pretender escindir el binomio validez-ejecución puede lesionar severamente el principio de legalidad que es pilar, a su turno, del debido proceso. Asimismo, de aceptarse la suspensión de los actos administrativos generales, debería llegarse a la misma conclusión respecto de los denominados particulares, individuales o concretos. Por su parte, no vemos cómo una decisión que ordena a la Administración a ejercer el control de autotutela tenga alguna eficacia frente a los derechos colectivos vulnerados.

Sobra decir que en nuestro ordenamiento es presupuesto de todas estas discusiones, el reconocimiento del debido proceso como un derecho fundamental exigible en cualquier proceso contencioso o incluso, en un proceso de derechos humanos, como suele denominarse por algunos a nuestra acción popular.

Estas letras se orientan a contribuir en tan complejo tema. Para el efecto, se revisarán resumidamente los siguientes temas: la competencia del juez de la acción popular para anular un acto administrativo (2.1) y, la revisión crítica de las facultades judiciales de la Ley 472 de 1998 (2.2) y, el futuro del debate enmarcado en una sentencia reciente de nuestra Corte Constitucional y en la sentencia del 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (3).

## **2.1 ¿Tiene el juez de la acción popular la competencia legal para anular un acto administrativo en el trámite de la acción popular?**

Nuestra respuesta es positiva, pero no sin condiciones. Esto se explica así:

Los que defienden la tesis restrictiva son de la juiciosa opinión según la cual, el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 no contiene una facultad que expresamente le permita al juez anular un acto y, por tanto, en razón al principio de legalidad, los jueces no estarían habilitados a tomar este tipo de decisiones.

Nos parece que tal lectura pasa por alto el mismo texto del artículo 34 y su recta integración con el universo de normas que componen nuestra acción popular para la tutela de derechos colectivos. Veamos:

“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**”. (Negrilla fuera de texto)

La frase dominante del texto utiliza el verbo “podrá” y luego describe el contenido mismo de la sentencia: orden de hacer, no hacer, condenar al pago de perjuicios, exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior. Ese “podrá”, se nos ocurre, tiene dos lecturas posibles:

- (i) Es usado como verbo introductorio a lo que resultan ser las únicas decisiones que pueden tomarse en la sentencia de la acción popular o,
- (ii) El verbo está usado en el futuro simple del indicativo, lo que sugiere que es una descripción no taxativa de las órdenes y condenas que **puede** impartir un juez en su sentencia<sup>6</sup>.

Consideramos que la segunda lectura tiene mayor fuerza argumentativa y razonabilidad atendiendo al fin mismo de las acciones populares: la protección de derechos colectivos, sin que ello implique sugerir una competencia implícita y absoluta en cabeza del juez de la acción popular.

En efecto, el artículo 2 *in fine*, nuevamente reitera que las acciones populares se ejercen para, entre otras, “(...) restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. Nótese que en este supuesto el legislador sólo condicionó este efecto retroactivo a que la restitución fuere posible. ¿se refirió el legislador a una posibilidad física o jurídica? Por lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472, la respuesta sería la posibilidad física de la retroacción. En este sentido, ha de preguntarse si esta limitación puede invocarse válidamente para rechazar la idea de que en la acción popular se puede anular un acto administrativo. La respuesta nos parece negativa, ya que la anulación del acto es la consecuencia natural de “la restitución de las cosas a su estado anterior” cuando el acto es la causa de la violación o amenaza del derecho colectivo.

Resulta por demás curioso que los defensores de la tesis restrictiva se apeguen fácilmente a la primera lectura, en la que subyace una creencia – varias veces refutada por la experiencia– según la cual estamos ante un legislador meticuloso que se ocupa de regular integralmente los procedimientos y competencias. En todo caso, esta lectura así expresada es totalmente razonable y la ineptitud cíclica del Parlamento no es fuente de derecho.

---

<sup>6</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “Poder: Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo”. En: [www.rae.es](http://www.rae.es), consultada el 20 de abril de 2007.

Por su parte, si acogiésemos la que hemos llamado tesis restrictiva, sus defensores tendrían que explicarnos por qué la descripción normativa del artículo 34 es taxativa y, además, cómo se explican los siguientes fenómenos:

1. En otras acciones constitucionales, como la de tutela y cumplimiento, el legislador, al mencionar el contenido del fallo, utilizó el verbo *deberá*<sup>7</sup> y no el verbo *podrá*. La distancia entre ambos verbos es inocultable. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra “deber” significa “*Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva.*” Así las cosas, en el sentido gramatical, en las acciones de tutela y cumplimiento el juez está obligado a incluir en su fallo lo establecido en la ley, mientras que en la acción popular, el juez podrá incluir lo establecido expresamente en ese artículo.

2. Cuando se imparte una “orden de no hacer” a la Administración se la está conminando a que no realice determinada conducta que, en principio, estaría habilitada a hacer, bien porque una norma o un contrato le permitan tal cosa. Cuando se anula un acto se le está dando la misma orden de no hacer a la Administración, esto es, no puede ejecutar lo dispuesto en el acto anulado y, además, en el futuro, no puede reproducirlo. La pérdida de validez del acto anulado es una consecuencia de la imposición de la orden del juez. Así las cosas, “anulación” y “orden de no hacer” serían términos sinónimos que describen un mismo fenómeno.

3. En idéntico sentido, con la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo pasaría lo mismo. La Administración tiene que retrotraer cualquier ejecución de un acto administrativo, siempre que ello fuese físicamente posible. ¿Acaso no ocurre lo mismo con la anulación de un acto? Se retrotraen sus efectos. En consecuencia, el efecto retroactivo de la decisión judicial propio de la “acción de nulidad” no es extraño a la acción popular.

4. Ahora, de qué sirve escindir la validez del acto, de su ejecución, para efectos de tutelar un derecho colectivo. Se diría algo como esto: el acto es violatorio del derecho colectivo X, por tanto, se suspende su ejecución. De qué sirve ese acto desmembrado de su razón de ser: producir efectos. En nuestra opinión, dejar vivo –válido– ese acto inoperante puede producir gran confusión e inseguridad para un sistema que reclama a gritos claridad.

5. ¿Cómo es posible que nos diga la jurisprudencia en la sentencia de octubre de 2005, que se pueden suspender los efectos del acto administrativo, pero no anularlo, cuando en ninguna parte del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 se habilita EXPRESAMENTE al juez a suspenderlo? *Ubi eadem ratio ibi ius.*

6. ¿Cómo es posible que nos diga la jurisprudencia, que se puede “instar”<sup>8</sup> a la Administración, cuando en ninguna parte del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 se habilita EXPRESAMENTE al juez a tal cosa? Además, instar, según el

---

<sup>7</sup> Colombia, Decreto-ley 2591 de 1991, artículo 29 y Ley 393 de 1997, artículo 21.

<sup>8</sup> Colombia, Consejo de Estado, sentencia del 25 de mayo de 2006: “CUARTO: ÍNSTASE a la Universidad Distrital “Francisco José de Caldas” para que se abstenga de reconocer y pagar a los empleados públicos docentes y personal administrativo factores salariales y prestacionales no establecidos en la ley, así como pagar los mayores valores pensionales en la cantidad que supere el tope máximo de salarios mínimos legales vigentes, en lo pertinente”.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa “*repetir la súplica o petición, insistir en ella con ahínco*”. En otras palabras, el juez se despoja de su *autorictas* para emitir órdenes y ahora emite súplicas o peticiones, si se quiere, recomendaciones. ¿Hasta qué punto instar se convierte en una orden de hacer que resulte obligatoria para el demandado?

7. Los que apoyan la tesis restrictiva, tendrán que ir más allá de razones procesales y explicarnos cómo la acción popular no es un juicio típico de legalidad. En efecto, en los términos del parágrafo del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, los derechos e intereses colectivos estarán “*definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad*”. Así las cosas, si una persona o la Administración actúan conforme a dichas normas, ningún reproche puede hacerse de su conducta, en otras palabras, la antijuridicidad de la conducta sería presupuesto fundamental –pero no suficiente– para la integración de los elementos que pueden hacer responsable a una persona o entidad por violación de derechos colectivos. A la misma conclusión se arriba cuando se lee el artículo 7 *in fine*: “*los derechos colectivos (...) se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia*”. Por tanto, lo natural en las acciones populares es contrastar la legalidad de comportamientos, conductas, actos, hechos y omisiones y una de las sanciones lógicas cuando tal legalidad es transgredida, es la nulidad.

8. Si bien no es una razón de orden jurídico, la tesis restrictiva estaría en contra del ideal que pretende crear el Código modelo para procesos colectivos en Iberoamérica, que en su artículo 4 dispone lo siguiente:

**“Art. 4º. Efectividad de la tutela jurisdiccional.-** Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código son admisibles todas las acciones aptas para propiciar su adecuada y efectiva tutela”.

Dentro de esta hipótesis naturalmente se permitiría una pretensión –acción en los desafortunados términos del CCA– anulatoria de un acto administrativo.

9. Miremos por un momento cómo el legislador reguló el contenido de la sentencia en las acciones ordinarias. Dice el 170 del CCA: “La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”. Si leemos aisladamente este artículo concluiríamos que el juez contencioso no tiene competencia para anular los actos administrativos. Tenemos que integrar esta norma con el resto del CCA para concluir sin duda alguna que la jurisdicción contenciosa en sede de acciones ordinarias puede anular un acto. Significa lo anterior, que en la Ley 472 de 1998 también podemos hacer una integración normativa para analizar la competencia del juez. En tal ejercicio, encontramos que la respuesta parece ser afirmativa. Y, en dicha integración, concluiríamos que el juez popular puede anular un acto. En efecto:

- a. ¿Qué sentido tiene una acción en donde el juez puede adoptar medidas cautelares innominadas (art. 25 de la Ley 472), pero está constreñido en su sentencia?
- b. ¿Qué sentido tiene que se supedite la anulación de un acto a un trámite posterior, cuando la acción popular es autónoma?
- c. ¿Qué sentido tiene mencionar la exención del requisito de agotar previamente la vía gubernativa?
- d. ¿Qué sentido tiene el principio de eficacia que informa este tipo de acciones, si uno de sus resultados necesarios –que no siempre lo serán– debe ser ejercido en otra acción?

Otro de los argumentos de los defensores de la tesis negativa, se orienta a distinguir los casos de actos administrativos generales y actos particulares, para impedir la anulación en estos últimos; corriente que parece fundamentar las decisiones comentadas en este escrito. Como tuvimos oportunidad de exponerlo en nuestro ensayo sobre actos administrativos y acciones populares:

“Respecto de la diferencia entre actos administrativos generales y particulares, se ha dicho que los primeros son aquellos que se refieren a personas indeterminadas v.gr. un decreto que limite la libertad de circulación en el territorio nacional; mientras que los segundos son aquellos que se refieren a personas determinadas e individualizadas<sup>9</sup> v.gr. un acto de nombramiento de un cargo público en el Ministerio de Defensa.

Esta estructura tutelar clásica propendía por la protección de la legalidad como bien jurídico autónomo y las facultades para proteger ese bien jurídico se otorgaban según cómo el acto administrativo afectara a personas indeterminadas o a personas determinadas. Por ello, en la acción de nulidad simple, el interés de proteger la legalidad es considerado en el derecho colombiano como un interés público que no está circunscrito a un sujeto específico, para lo cual, también se asignó una legitimación popular o pública.

Entretanto, para la nulidad del acto administrativo particular, ese interés se reducía solo a aquellos sujetos directamente afectados en su esfera de derechos individuales o que tuvieran un interés directo en el “resultado del proceso” y, en principio, solo a ellos se les reconocía interés suficiente para promover o defender el control de legalidad jurisdiccional, pero –se

---

<sup>9</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá, 11 de marzo de 1994, Expediente N° 2756: “*el carácter individual de un acto no está dado por la posibilidad de que los sujetos a los cuales él está dirigido sean fácil o difícilmente individualizables o identificables, sino que ellos están efectivamente individualizados e identificados, de tal manera que el contenido del acto sea aplicable exclusivamente a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación. De no entenderse así, todos los actos podrían ser calificados de individuales o subjetivos en la medida en que, por principio, los actos de las autoridades públicas tienen vocación de aplicación individual a quienes se encuentren en la situación prevista por el acto*”. Michel Stassinopoulos. *El Acto Administrativo*. Traducción de Francisco Sierra Jaramillo. s.l., s.n., p. 22: “*acto administrativo individual es la declaración de voluntad expresada por un órgano administrativo y que determina, de manera unilateral, lo que es derecho en un caso individual*”. Fernando Garrido Falla. Ob. cit., p. 437: “[el acto administrativo unilateral] *mira a una o más personas o casos individualmente determinados o determinables*”.

reitera— siempre como resultado conexo al interés de proteger un derecho propio”<sup>10</sup>.

## **2.2. ¿La acción popular de la Ley 472 de 1998, un retroceso en la protección de los derechos colectivos?**

Son casi unánimes las voces que se entonan para reconocer en la Ley 472 de 1998 un avance en la protección de los derechos colectivos. La sistematización del procedimiento y la amplia descripción de los poderes judiciales, así como la generosa lista de derechos colectivos secundan tal conclusión. Sin embargo, ¿qué ocurriría si advirtiéramos que la Ley 472 de 1998 limitó la competencia judicial para controlar las acciones y omisiones del Estado cuando violan o amenazan un derecho colectivo? Seguramente tendríamos que reevaluar la imagen positiva de la Ley 472. Tomemos como ejemplo algunas normas anteriores a la Ley 472 de 1998 referidas a la protección de derechos colectivos.

La Ley 99 de 1993 en su artículo 73 diseñó una acción de nulidad que “procede contra los actos administrativos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o Licencia Ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente”. Esta norma permitía cuestionar la legalidad de un acto particular cuando la actividad por él amparada afectara el medio ambiente (derecho colectivo por esencia). La Ley 9 de 1989 en su artículo 8 consagraba la acción popular “contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes (se refería al espacio público, derecho colectivo por esencia) mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios”. Al tenor de esta norma, no era un disparate sostener que un acto administrativo —como conducta positiva de la Administración— podía ser “removido o suspendido” para defender la “integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual” del espacio público. Esta norma precisaba, además, que la acción “podrá interponerse en cualquier tiempo”.

Parece deducirse del anterior análisis que algunas de las normas de protección de derechos colectivos, anteriores a la Ley 472 de 1998, eran más contundentes en cuanto al control de legalidad del actuar administrativo y de ellas podía concluirse que el juez estaba habilitado a anular o suspender un acto administrativo lesivo de los intereses colectivos protegidos por la norma. ¿Se eliminó tal facultad mediante la expedición de la Ley 472?

La respuesta es nuevamente negativa, no sólo por lo explicado en 2.1, sino por una razón adicional: Las acciones populares anteriores a la Ley 472 —como las anteriormente citadas— ¡siguen vigentes! En efecto, el propio artículo 45 de la Ley 472 señaló lo siguiente:

“Aplicación. Continuará vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional pero su trámite y procedimiento se sujetarán a la presente ley”.

---

<sup>10</sup> Botero Aristizábal, Luis F. *Acción popular y nulidad de actos administrativos*. Bogotá: Legis, 2004.

En otras palabras, no se alteraron las facultades judiciales contenidas en el artículo 73 de la Ley 99 de 1993, ni en el artículo 8 de la Ley 9 de 1989, simplemente se modificó el trámite y el procedimiento que, en nuestra opinión, no se extiende al contenido del fallo en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, tantas veces invocado para sostener la imposibilidad de anular un acto administrativo en la acción popular.

Ahora bien, de aceptarse lo anterior, sostendrán algunos que sólo en los eventos en donde la ley expresamente contempló el efecto anulatorio podría el juez de la acción popular tomar tal decisión pero, nos parece, que tal hermenéutica resultaría nefasta, ya que crearía categorías de protección de los distintos derechos colectivos que no resistirían un simple análisis de lógica jurídica, verbigracia, un acto administrativo manifiestamente ilegal pero que viole el derecho de moralidad administrativa no podría anularse en sede de acción popular, pero sí lo sería un acto administrativo que autorice una publicidad exterior visual ilegal por indebido trámite.

La referencia del artículo 45 de la Ley 472 de 1998 debe ser leída en consonancia con la del 44 *in fine*, que remite en lo no regulado a los estatutos procesales de lo civil y lo contencioso y, en este último caso, admitiría una remisión a la norma que describe las competencias anulatorias del juez contencioso en las acciones ordinarias.

### 3. El futuro hoy

Si bien se trata de un *obiter dicta*, nuestro máximo juez constitucional ha aceptado abiertamente que en la acción popular se pueden anular actos administrativos. En efecto, en una revisión de una sentencia de tutela contra actos administrativos emanados de una licitación pública<sup>11</sup>, dijo:

“A manera de conclusión, esta corporación encuentra que frente a los actos administrativos precontractuales, existen en el ordenamiento jurídico distintas acciones que permiten controvertir su validez, con idoneidad y aptitud suficiente para conferir un amparo integral, ellas son: la acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción contractual y la **acción popular**”. (Negrilla fuera de texto)

A renglón seguido, en la precitada providencia, se lee la siguiente nota al pie:

“Únicamente sobre la base de protección a los derechos colectivos, excluyendo su uso para la obtención de un interés meramente individual, subjetivo y concreto”.

Así las cosas, nuestro juez constitucional ha aceptado que en la acción popular se pueden anular actos administrativos lesivos de derechos colectivos, lo que puede motivar el cuestionamiento de validez y su consecuente anulación de parte del juez popular, sin diferenciar el carácter particular o general del acto precontractual. No existe razón constitucional alguna que limite la aplicación de

---

<sup>11</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-713 del 23 de agosto de 2006. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. En: *Revista Jurisprudencia y Doctrina*. Tomo XXXV No. 419 de noviembre de 2006, Bogotá, Legis.

esta conclusión a otro tipo de actos administrativos ajenos a la contratación estatal.

Ahora bien, la sentencia que marcará la diferencia en materia de acciones populares a futuro es la proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado de febrero 21 del presente año. Allí, se enfrentó al problema de la acusación de ilegalidad de la Resolución 3797 de 2004 por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, limitada en el Decreto reglamentario 1281 de 2002, al exigir mayores requisitos en las reclamaciones de recobro contra el Fondo de Seguridad y Garantía "FOSYGA", por trasgresión al principio constitucional de la buena fe y al Decreto 2150 de 1995 -Estatuto Antitrámites- al exigir documentos que el actor calificó de arbitrarios. En esta oportunidad, variando su jurisprudencia anterior respecto a la nulidad de actos administrativos en la acción popular, concluyó:

"En síntesis, para esta Sala, con fundamento en la ley, es viable analizar la legalidad de los actos administrativos, al interior de la acción popular, pero condicionado a que esa manifestación de voluntad sea causa directa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, criterio que se comparte y reitera en esta oportunidad, y que responde a la tesis que acepta la procedencia de la acción popular frente a la manifestación de voluntad de la administración, cuando con ésta se vulneran derechos o intereses colectivos. (...) Además, agrega ahora la Sala, variando la jurisprudencia vigente, resulta posible para el juez declarar, incluso, **la nulidad** del acto administrativo transgresor de derechos colectivos, en aplicación de los poderes del juez de la acción popular, previstos en los artículos 2 y 34 de la ley 472 de 1998 y, haciendo suyos los argumentos de quienes en su oportunidad, salvaron o aclararon el voto a aquellas decisiones que limitaban el poder del juez popular a la sola suspensión de los efectos".  
(Negrilla fuera de texto)

Se trata pues de la recepción plena de la denominada tesis garantista, llamada acertadamente por la Sección Tercera como finalística. Es importante precisar en todo caso, que en la mentada providencia no se anuló el acto expresamente demandado por el actor, toda vez que no se le consideró ilegal a raíz de que el juez contencioso encontró que la violación al derecho colectivo se encontraba no en el acto administrativo sino en la ejecución del mismo:

"En verdad, la demanda determina que la conducta violatoria de los derechos colectivos la constituye el retraso en el pago de los recobros, cuya causa eficiente y determinante es el acto administrativo. Así, el retardo en el pago es una conducta distinta, susceptible de ser analizada en forma independiente, pues si bien la puesta en marcha de las órdenes impartidas en el acto administrativo derivan de éste, es innegable que, por regla general, son autónomas para el momento de atribuir violación de un derecho colectivo, y tal situación se refleja de forma particular en la circunstancia de que el demandante formuló algunas pretensiones que en su contenido se separan del acto administrativo, tales como, ordenar al Fosyga que pague o audite, en forma inmediata, la totalidad de las cuentas de recobro, por medicamentos no Pos y fallos de tutela".

Hay en esta providencia muchas afirmaciones que deben ser destacadas. Entre otras, nos llama poderosamente la atención la siguiente afirmación del Consejo de Estado:

“Resulta viable que, con el fin de determinar la posible transgresión o amenaza a los derechos colectivos, el juez analice el marco normativo que sustenta el acto administrativo, sin que ello implique el cotejo propio y necesario que debe hacerse en las acciones que atacan la legalidad del acto administrativo, porque el juez de la acción popular se circunscribe a la protección de los derechos e intereses colectivos, con el objeto de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza o la vulneración de esa clase de derechos, o a restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible. Por esta razón, aunque el acto administrativo puede ser transgresor de normas de rango superior a las que está sometido, ello no es suficiente para que prospere la acción popular, pues, se requiere de dos elementos adicionales: la demostración de la conducta imputada y que vulnere o amenace los derechos colectivos”.

De la lectura del párrafo anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones y dudas:

Para anular un acto administrativo en sede de acción popular se requieren tres elementos: (a) la violación de normas de rango superior, (b) la demostración de la conducta imputada, y (c) la vulneración o amenaza de derechos colectivos.

Si bien estos requisitos parecen muy claros tenemos algunos comentarios:

La nulidad del acto administrativo siempre supone un juicio de legalidad. En ninguna parte de esta sentencia –o de la Ley 472 de 1998– se ha habilitado al juez a anular actos por razones de conveniencia u oportunidad. Esto es fundamental para mantener el poder sometido al derecho y para respetar las competencias constitucionales. De igual forma, esta condición se acompasa de manera perfecta con el criterio normativo que informa los derechos colectivos en derecho colombiano. No se puede abrir la compuerta para que un mecanismo democrático como la acción popular termine legitimando la tiranía del juez que impone su criterio incluso en contra de la colectividad y por fuera de la legalidad. Nuestro sistema constitucional no prohija el colectivismo radical.

El requisito de “demostración de la conducta imputada” puede sugerir muchas cosas que no quedan suficientemente claras. En primer término, que la carga de la prueba recae en el actor y, por tanto, la ausencia de presunciones. En segundo lugar, no habría un control oficioso de legalidad, pues si así fuera, este requisito no sería necesario. Adicionalmente, parecería que el juez desliga el acto de su efecto, para que sea este mismo –en concreto– evidencia de la violación del derecho colectivo. Por último, el requisito esencial para anular el acto es que sea esta la causa de la violación o amenaza al derecho colectivo y es este requisito el que diferencia esta acción de las denominadas anulatorias ordinarias, lo que implica, entre otras, el carácter autónomo de la acción popular, la ausencia de prejudicialidad frente a las acciones ordinarias y la posibilidad de que un acto ilegal no sea anulado en sede popular –aún si se ha demostrado la ilegalidad– por no violar o amenazar un derecho colectivo.

Queremos terminar estas breves reflexiones con algunas de las preguntas que seguramente surgirán del debate de esta trascendental sentencia, para motivar en la doctrina la sana discusión constructiva: ¿Qué actos serían anulables en la acción popular? ¿Se podrían anular los actos de trámite? ¿Los

requisitos formales de la anulación de las acciones ordinarias serían predicables en la acción popular? ¿Qué pasa en la anulación de un acto administrativo particular en sede popular, se estaría legitimando el restablecimiento de derechos particulares? ¿Cuáles son las condiciones para suspender provisionalmente el acto en la acción popular? ¿Puede anularse un acto administrativo por amenazar (daño contingente) un derecho colectivo?

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.  
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,  
Dirección Postal  
Instituto Colombiano de Derecho Procesal  
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)  
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en EDITORIAL ABC.  
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.