**ACCIÓN DE TUTELA - Requisitos generales**

i) Se invoca la vulneración de derechos de orden fundamental como lo son el debido proceso, la defensa, el acceso a la administración de justicia y la igualdad; ii) La parte actora agotó todos los medios de defensa judicial de que disponía, toda vez que se surtieron las dos instancias en la acción popular y contra la providencia que se cuestiona no procede recurso adicional. (…) iii) La acción de tutela se presentó dentro de un término razonable , ya que se radicó menos de un mes después de notificada la providencia que se ataca; iv) Las irregularidades que se le endilgan a la providencia, esto es, los defectos sustantivo, orgánico y la violación directa de la Constitución pueden afectar la decisión de fondo por cuanto tienen un efecto decisivo y determinante en la sentencia; v) La situación que generó la vulneración de derechos fundamentales fue puntualizada en el escrito de tutela y, además, en tanto la solicitud se fundamenta en la inconformidad con lo resuelto en la sentencia de segunda instancia, la controversia planteada no hubiera podido haber sido alegada en el curso del proceso, y vi) No se trata de una providencia contentiva de una sentencia de tutela.

**CONTRATO DE CONCESIÓN - Nulidad del contrato - Absoluta**

El Tribunal adoptó dicha decisión tras concluir que en el proceso precontractual no existieron estudios de conveniencia, oportunidad, de condiciones de rentabilidad, ni de riesgos del mercado que permitieran determinar las condiciones en que podía celebrarse el contrato de concesión, ni se pudo determinar que la duración del contrato y las utilidades del Departamento hubieren obedecido a la mejor opción financiera. Además, encontró que el Gobernador de la época adoptó la decisión sobre la conveniencia del monopolio y la forma de explotación del mismo sin facultad expresa de la Asamblea Departamental y que la cláusula relativa al 2% de las utilidades del contrato de concesión menoscabó el patrimonio público del Departamento. En consecuencia, concluyó que “[…] el contrato de concesión es inválido de nulidad absoluta al haber incurrido en la causal general de “omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ello”, prevista en el artículo 1741 del Código Civil, y en la especial prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 […]”.

**DEFECTO SUSTANTIVO - Configuración**

Ahora bien, resulta pertinente precisar que en la jurisprudencia constitucional se han identificado varias situaciones que ponen de presente la existencia de un defecto material en una providencia judicial. En atención a los presupuestos que las configuran, dichos eventos pueden agruparse en i) el defecto sustantivo que plantea un conflicto en relación con la fuente formal de la providencia que se ataca y, ii) el defecto sustantivo en torno al método de interpretación de la norma jurídica que fundamenta la decisión.

**DEFECTO SUSTANTIVO - De la fuente - En torno al método - Diferencias**

(i) Defecto sustantivo respecto de la fuente: Tiene lugar cuando la sentencia se fundamenta en una norma que indiscutiblemente no es aplicable al caso bajo examen por cuanto, a) es inexistente, b) ha sido declarada contraria a la Constitución, o c) está derogada y por tanto perdió vigencia. Asimismo, tiene lugar este defecto cuando de forma manifiestamente arbitraria y grosera se aplica una norma legal que no se adecúa a la situación fáctica del caso, lo cual debe ser debidamente alegado y probado ante el juez constitucional, a riesgo de desconocerse la autonomía del funcionario judicial que dictó la providencia. (ii) Defecto sustantivo en torno al método: Se configura cuando la fuente formal de la sentencia radica en una norma aplicable al asunto bajo examen, por lo que hay acuerdo al respecto, pero la hermenéutica que de ella se hace no se encuentra dentro del margen de interpretación razonable y aceptable, o “[…] la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes […]”, o cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

**DEFECTO SUSTANTIVO - Violación directa de la Constitución política**

Conforme con lo dicho por la Corte Constitucional, la violación directa de la Constitución constituye un defecto en aquellos casos en los cuales “[…] si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales […]”. Al respecto, dicha Corporación sostiene que se configura este defecto cuando: i) se desobedecen las reglas y principios en ella contenidas, ii) cuando al aplicar tales reglas y principios se les da un alcance diferente al pretendido, y iii) cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser evidente y de haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.

**NON REFORMATIO IN PEJUS - Principio - Aplicación - Constitución política**

Esta garantía constitucional ha sido admitida como una de las reglas básicas de los recursos, y en virtud de ella el juez de segunda instancia tiene prohibido desmejorar la situación del apelante único, entendiéndose que tal calidad “[…] hace referencia al interés que se tiene para recurrir o a la naturaleza de las pretensiones y no a la cantidad de apelantes, sean ellos los condenados u otros sujetos del proceso […]”.

**NON REFORMATIO IN PEJUS - Principio - Alcance**

Ahora bien, debe precisarse que el principio de non reformatio in pejus, en tanto derecho fundamental, no puede ostentar un alcance absoluto o ilimitado, razón por la cual se ha considerado por ejemplo que “[…] en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “… aun cuando fuere desfavorable al apelante” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.) […].

**ACCIÓN POPULAR - Non reformatio in pejus - Principio - Aplicación**

Así entonces, el examen de la jurisprudencia antes referida, a la luz de las consideraciones antes expuestas en torno a las características del derecho fundamental de la non reformatio in pejus, pone de presente que en el ámbito de las acciones populares este principio encuentra un límite en tanto las facultades del juez de la acción popular para proferir fallos ultra y extra petita, admiten que la decisión que se adopte no se encuentre estrictamente limitada a las pretensiones y excepciones alegadas por las partes tanto en la demanda como en el recurso de apelación. Por el contrario, se insiste, el juez de la acción popular tiene competencia para disponer lo que corresponda para lograr el amparo efectivo del derecho o interés colectivo vulnerado o amenazado, incluso si ello escapa de los cargos formulados en el recurso de apelación.

**DEFECTO ORGÁNICO - Normativa aplicable - Constitución política**

La Corte Constitucional ha precisado que esta causal de procedencia de la acción de tutela encuentra su fundamento en el respeto de la garantía del juez natural establecido en el artículo 29 de la Constitución y se configura cuando una persona o un asunto objeto de litigio es juzgado por alguien que carece de competencia, de conformidad con las normas que regulan los procedimientos judiciales. El mismo Tribunal ha indicado que la falta de competencia constituye un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso en la medida en que ésta delimita el campo de acción de la autoridad judicial para garantizar el principio de seguridad jurídica.

**DEFECTO ORGÁNICO - Configuración**

Según la jurisprudencia constitucional existen dos hipótesis a partir de las cuales se configura el defecto aludido: “[…] (i) la funcional, cuando la autoridad judicial extralimita en forma manifiesta el ámbito de sus competencias constitucionales y legales; y (ii) la temporal, cuando a pesar de tener ciertas atribuciones o competencias, la autoridad judicial las ejerce por fuera del término previsto para ello. […]” .

**ACCIÓN POPULAR - Reglas jurisprudenciales - Contratos estatales - Decreto 01 de 1984**

En esa oportunidad, la Sala Plena prohijó la tesis asumida por la Sección Tercera en casos semejantes desde el 5 de octubre de 2005, en torno a la viabilidad de declarar la nulidad de contratos estatales en escenarios propuestos bajo la arista de una acción popular y al amparo del Código Contencioso Administrativo. Tal como expuso el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia cuestionada en esta acción de tutela (…).Por lo anterior, la Sala advierte que en la adopción de la decisión que se ataca el Tribunal Administrativo de Boyacá observó las reglas jurisprudenciales vigentes que admiten la posibilidad de realizar un estudio de legalidad de los contratos estatales en el marco de acciones populares iniciadas en vigencia del régimen del Decreto 01 de 1984 y, por lo mismo, no constituye una trasgresión de las normas procesales aplicables, ni representa la anulación de la efectividad de los derechos fundamentales de la parte actora.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00906-00(AC)**

**Actor: INDUSTRIA DE LICORES DE BOYACÁ S.A.C.I**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I. en contra de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2019[[1]](#footnote-1) por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la acción popular tramitada bajo el radicado 15001-223-31-009-**2005-00974**-01[[2]](#footnote-2).

1. **SÍNTESIS DEL CASO**

La Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I., por intermedio de apoderado judicial, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, que estimó vulnerados a raíz de la sentencia de 12 de febrero de 2019, proferida dentro de la acción popular iniciada por el Procurador 46 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja en contra del Departamento de Boyacá, la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I. y otros, que se tramitó bajo el radicado 150013133009 **2005-00974-01**.

En criterio de la actora, la sentencia acusada incurrió en defecto sustantivo y violación directa de la Constitución por cuanto se produjo en flagrante desconocimiento del principio de *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución), toda vez que en ella se declaró la nulidad absoluta del Contrato de Concesión núm. 001 de 2003, desconociendo que en el fallo de primera instancia se había ordenado la suspensión de dicho contrato y que el recurso de apelación solo fue interpuesto por la parte demandada. En su criterio, dicha tesis desconoce las sentencias C-055 de 1993 y C-591 de 2005 de la Corte Constitucional, *“[…] cuyos derroteros se desarrollan en los cargos en que se funda la presente acción […]”[[3]](#footnote-3).*

Además, como sustento de los referidos defectos, reprochó que el Tribunal Administrativo de Boyacá negó la declaración del agotamiento de jurisdicción con fundamento en argumentos inatendibles e impertinentes, a pesar de existir identidad de causa, objeto y partes entre la acción popular antes referida y la acción de controversias contractuales tramitada en primera instancia por el mismo Tribunal bajo el radicado 11001 23 31 000 **2007 00473 00**. En el mismo sentido, manifestó que la sentencia atacada incurrió en defecto procedimental por falta de competencia funcional porque el Tribunal realizó un juicio de legalidad por fuera de lo explícitamente alegado en el recurso de apelación.

Finalmente, acusó la providencia de incurrir en el vicio de falta de competencia orgánica y de vulnerar su derecho fundamental a la igualdad, toda vez que, tal como se dispuso en la sentencia de unificación del Consejo de Estado[[4]](#footnote-4), al juez de la acción popular le está vedado anular contratos estatales, ya que la acción pertinente para tal efecto es la de controversias contractuales. Dichos argumentos se enmarcan dentro de los supuestos de configuración del defecto orgánico.

En consecuencia, solicitó:

*“[…] MEDIDA PROVISIONAL: RUEGO al Honorable CONSEJO DE ESTADO ordenar la suspensión inmediata de los efectos de la sentencia proferida el 13* (sic) *de febrero de 2019, por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMNISTRATIVO DE BOYACÁ, dentro del radicado 150012331000 2007 47301* (sic)*, mientras se pronuncia de fondo sobre la presente Acción de Tutela.*

*PETICIÓN PRINCIPAL: RUEGO al Honorable CONSEJO DE ESTADO ordenar la SUSPENSIÓN DEFINITIVA de los efectos de la sentencia proferida el 13* (sic) *de febrero de 2019 por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ dentro del radicado* ***150013133009 2005 00974 01,*** *y DISPONER que el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMNISTRATIVO DE BOYACÁ reemplace la dicha providencia por la que acoja las directrices que trace la máxima Corporación, cuando se pronuncie sobre los cargos formulados en contra de la sentencia gravada.*

*PETICIÓN SUBSIDIARIA: En caso de improsperidad de la petición principal, RUEGO al Honorable CONSEJO DE ESTADO ordenar, como MECANISMO TRANSITORIO para evitar perjuicios irremediables, la SUSPENSIÓN de los efectos de la Sentencia proferida el 13* (sic) *de febrero de 2019 por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMNISTRATIVO DE BOYACÁ dentro del radicado 1500131330009 2005 0097401, mientras se decide de fondo el recurso de apelación – en trámite-, dentro de la ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES; radicado 150012331000 2007 47301, a órdenes del Honorable CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, despacho del Honorable Magistrado Ponente Dr. JAIME ENREQUE RODRÍGUEZ NAVAS. […]”[[5]](#footnote-5)*

1. **TRÁMITE DE LA ACCIÓN**
   1. El 8 de marzo de 2019 el Despacho Sustanciador admitió la acción de tutela y denegó la medida provisional solicitada por la parte actora. De otra parte, ordenó notificar a los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Boyacá y comunicar de la iniciación del trámite al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, al Gobernador del Departamento de Boyacá, a los señores Miguel Ángel Bermúdez Escobar, Edgar Ignacio Sainea Escobar, Néstor Germán García Vargas y Magda Fabiola Becerra Urrea y al representante legal de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, estos últimos en calidad de terceros con interés en las resultas de este proceso.

Posteriormente, a partir de la revisión del expediente con radicado 2005 000974, allegado en préstamo en cumplimiento de lo ordenado en el auto admisorio de la tutela, el Despacho estimó necesario comunicar de la presente acción a los sujetos que integraron la Unión Temporal “Licorandes y Asociados”[[6]](#footnote-6) (hoy Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I.), al señor Gustavo Antonio Romero Álvarez y a la Defensoría del Pueblo, por haber intervenido en la acción. Así se ordenó mediante auto de 29 de marzo de 2019.

* 1. El **Procurador 46 Judicial II para Asuntos Administrativos**, Fernando Arias García, allegó escrito en el que manifestó encontrarse impedido para actuar dentro del proceso de la referencia toda vez que, en calidad de Juez Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, conoció de la acción popular que dio origen al presente trámite y profirió el fallo de primera instancia.
  2. El magistrado ponente de la sentencia de 12 de febrero de 2019 del **Tribunal Administrativo de Boyacá,** solicitó declarar improcedente la solicitud de amparo por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, toda vez que tanto la actora como el Departamento de Boyacá presentaron solicitud de aclaración y/o adición de la sentencia censurada, de manera que ésta no se encuentra en firme.

De otra parte, señaló que en varias sentencias de unificación el Consejo de Estado ha avalado la procedencia de la acción popular para conseguir la anulación del contrato estatal, toda vez 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”[[7]](#footnote-7).* Al respecto, citó la sentencia de 2 de diciembre de 2013, proferida por la Sección Tercera en la acción popular con radicado 76001-23-31-000-2005-02130-01.

En ese sentido, destacó que en la sentencia objeto de la acción de tutela se hizo referencia a varios pronunciamientos del Consejo de Estado, en particular, al fallo de 5 de junio de 2018, proferido en el proceso 15001333100120040164701, Sala Seis Especial de Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que respalda la postura fijada por el Tribunal.

De otro lado, en cuanto al cargo por el supuesto desconocimiento del principio de la *non reformatio in pejus,* aclaró que en la referida sentencia de unificación se avalaron las medidas *ultra* y *extra petita* en las acciones populares, las cuales fueron adoptadas en segunda instancia por el Tribunal Administrativo para amparar de manera integral los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

Igualmente, adujo que en la sentencia de 9 de julio de 2014, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, de esta Corporación en el proceso 66001233100020090008702, se determinó que el referido principio contenía excepciones derivadas de la Constitución Política, las normas internacionales y normas procesales de carácter imperativo. Al analizar la configuración de dichas excepciones, en el caso concreto, el Tribunal encontró que era posible aplicarlas con el fin de garantizar la protección efectiva de los derechos colectivos al patrimonio público y la moralidad administrativa.

Mediante memorial allegado el 4 de abril de 2019 el magistrado informó que el 15 de marzo de 2019 se resolvió la solicitud de aclaración del fallo de segunda instancia y que la actora no interpuso el *“recurso extraordinario de revisión eventual”* previsto en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. A partir de ello, ratificó la improcedencia de la acción en atención a que no se agotaron todos los recursos de defensa judicial.

* 1. La apoderada del **Departamento de Boyacá** allegó escrito de contestación en el que solicitó desestimar las pretensiones de la actora ante la inexistencia de vulneración de los derechos que invoca.

A manera de contexto señaló, en primer lugar, que el Departamento de Boyacá coadyuvó la demanda presentada por la Procuraduría 46 Judicial II con el fin de propender por el interés general de sus administrados y proteger el derecho colectivo al patrimonio público y a la moralidad administrativa afectado por el Contrato de Concesión suscrito entre dicho Departamento y la Industria de Licores de Boyacá. Bajo esa perspectiva, en el proceso se adoptó una decisión con la cual evidentemente no se encuentra conforme la entidad demandante, en la medida en que no puede disponer de los bienes producto de la concesión y es ese el motivo de la interposición de la presente solicitud, pues lo que pretende es dilatar el cumplimiento de las órdenes impartidas en primera y segunda instancia.

En esa medida, destacó que no hay lugar a emitir un nuevo pronunciamiento sobre los hechos que fueron debatidos en la acción popular, mucho menos si se tiene en cuenta que en ese trámite se le garantizó el debido proceso a todos los intervinientes y se emitieron sentencias soportadas en lo que resultó probado en el proceso.

En cuanto a los requisitos generales de procedencia de la presente acción de tutela señaló: (i) que la acción de tutela no resulta de relevancia constitucional, comoquiera que en materia de protección a derechos colectivos procede la competencia de ajustar el fallo de segunda instancia, por lo que no existe violación del principio de *non reformatio in pejus*; (ii) que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, porque la decisión acusada no está en firme, no se está ante un eventual perjuicio irremediable de los derechos fundamentales de la actora, no se interpuso recurso de revisión en contra de la sentencia, y (iii) no se identificaron de manera fehaciente los hechos en los que se sustenta la presunta vulneración, por cuanto la actora se limitó a esbozar fundamentos subjetivos.

Destacó que existen dos pronunciamientos sobre la ilegalidad del aludido contrato, lo cual se traduce en su nulidad absoluta y que, contrario a lo indicado por el actor, el juez de la acción popular sí tiene competencia para declararla, pues existe un precedente de unificación en cuanto a dichas facultades que le otorga el procedimiento de la Ley 472 de 1998. Ello es así porque *“[…] lejos de tratarse de una acción subsidiaria o residual, la popular se orienta a garantizar la prevalencia del orden superior y de los valores supremos, con la adopción de todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones generadoras de la afectación de los intereses colectivos […]”[[8]](#footnote-8).*

En esa medida, frente al cargo por defecto orgánico por la supuesta falta de competencia, destacó que en las sentencias C-537 de 2016 y T-254 de 2014 la Corte Constitucional explicó que el objetivo de la acción popular es la protección de los derechos e intereses colectivos y para ello se deben adoptar las medidas que sean necesarias para hacer realidad las órdenes de protección de esos derechos. Asimismo, en la sentencia de 14 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo[[9]](#footnote-9) del Consejo de Estado, se aclaró la competencia del juez constitucional para declarar la nulidad absoluta de un contrato a través de la acción popular. Además, el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 delimitó el contenido de los fallos de la acción popular y le exige al juez de vigilar el cumplimiento de las órdenes que imparte.

En atención a lo anterior, estimó que el Tribunal realizó un análisis juicioso sobre su competencia para declarar la nulidad del contrato que consta en varios apartes del fallo y se apartó parcialmente de las decisiones adoptadas en el fallo apelado al estimarlas insuficientes, en procura de proteger cabalmente la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Adicionalmente, señaló que el juez de la acción popular se encuentra habilitado incluso para frenar la violación de los derechos colectivos a través de la adopción de fallos ultra y extra *petita,* sin que por ello pueda decirse que se afecta el principio de *non reformatio in pejus.* Así se reconoció en las sentencias de 11 de diciembre y 27 de marzo de 2014 proferidas dentro de los expedientes 25000234100020120070001 y 250002326000200201096, respectivamente, por lo que destacó que el Consejo de Estado admite que cuando el *ad quem* encuentra que el acto jurídico sometido a su consideración vulnera protuberantemente el orden jurídico al punto en que lo vicia de nulidad absoluta, debe ceder el principio de la *non reformatio in pejus* para abrir paso a la protección del interés del conglomerado social, que debe amparar el juez constitucional.

Frente al cargo por defecto sustantivo adujo que en el proceso licitatorio que culminó con el Contrato de Concesión núm. 00001 de 2003 se cometieron irregularidades que lo viciaron de nulidad y que motivaron la decisión que se adoptó en la sentencia acusada. Además, aseveró que con la acción popular y la acción contractual se perseguían objetos distintos y que éstas se fundaban en causas disímiles, pues, mientras la inmoralidad administrativa que inspiró el contrato tendría como fuente una ilegalidad y una conducta subjetiva reprochable del funcionario, la nulidad del contrato se circunscribe a la configuración de una de las causales expresas y taxativas, sin que para ello pueda considerarse la existencia de una intención subjetiva desviada. Por ello, precisó que la acción popular y la acción contractual no agotan mutuamente la jurisdicción.

* 1. En cumplimiento de lo ordenado mediante auto de 29 de marzo de 2019, el apoderado de la parte actora allegó memorial en el que manifestó actuar en nombre de **la Unión Temporal Licorandes y Asociados**, hoy Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I., *“[…] vehículo jurídico utilizado conforme a ley, para el año 2003, para optar por el Contrato de Concesión No. 001 de 2003, celebrado para la explotación del monopolio de licores en favor del Departamento de Boyacá, una vez la extinta y oficial Licorera de Boyacá quebró […]”[[10]](#footnote-10).*

En primer lugar, manifestó que el señor Fernando Edmundo Acevedo Quiñones hizo parte de la desaparecida Licorandes y Asociados, pero falleció el 9 de julio de 2011. De otra parte, precisó que le solicitó a los trabajadores de la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I. que se abstuvieran de interponer acciones de tutela en atención a la expresa prohibición que existe de abusar de dicha herramienta y siendo consciente de que ello resultaba inconducente y desaconsejable.

* 1. La **Defensoría del Pueblo Regional Boyacá** adujo que el Tribunal Administrativo de Boyacá no ha incurrido en acciones u omisiones que representen una vulneración o amenaza de los derechos invocados por la parte actora. En consecuencia, solicitó denegar las pretensiones de la tutela en atención a que la sentencia censurada es respetuosa del debido proceso y del derecho de defensa, fue expedida con apego a las disposiciones legales y constitucionales y con apoyo en el material probatorio oportunamente allegado al proceso, por lo que no hay lugar a señalar que incurrió en los defectos endilgados.
  2. Aun cuando los demás sujetos fueron correctamente notificados no rindieron informe sobre los hechos de la tutela.

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**
   1. **COMPETENCIA**

De conformidad con lo previsto por el numeral séptimo del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017, y en virtud del artículo 2º del Acuerdo número 377 de 11 de diciembre de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado, que regula la distribución de las acciones de tutela entre las secciones, y del artículo 13 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019 de la misma Sala, que asigna a esta Sección el conocimiento de estas acciones constitucionales, esta Sala es competente para conocer del presente asunto.

* 1. **CUESTIÓN PREVIA**

Luego de notificado el auto de 29 de marzo de 2019 - por el cual se ordenó comunicar de la iniciación de esta acción a los sujetos que integraron la Unión Temporal “Licorandes y Asociados”, al señor Gustavo Antonio Romero Álvarez y a la Defensoría del Pueblo -, la abogada de la Procuraduría General de la Nación, Piedad Johanna Martínez Ahumada, solicitó remitir copia del traslado de la tutela para efectos de defensa de dicha entidad.

Sin embargo, la Sala advierte que con la notificación del auto admisorio de la acción a la Procuraduría General fue remitida copia del auto y del escrito de tutela presentado por la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I., tal como consta a folio 190 del cuaderno principal en el que obra la respectiva constancia. Por tal motivo, no es procedente acceder a la solicitud de remisión de copias.

* 1. **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

Pese a los reparos formulados por el Tribunal accionado y por el Departamento de Boyacá, la Sala encuentra que la presente acción cumple con los requisitos generales para su examen, en razón a que:

***i)***Se invoca la vulneración de derechos de orden fundamental como lo son el debido proceso, la defensa, el acceso a la administración de justicia y la igualdad;

***ii)*** La parte actora agotó todos los medios de defensa judicial de que disponía, toda vez que se surtieron las dos instancias en la acción popular y contra la providencia que se cuestiona no procede recurso adicional. En efecto, desde el año 2006 la jurisprudencia de esta Corporación ha afirmado que contra las sentencias de acción popular no procede recurso extraordinario alguno, toda vez que la Ley 472 de 1998, en su artículo 37, únicamente consagró el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, sin que hubiese dispuesto recurso extraordinario contra la decisión que pone fin al proceso. Además, al respecto no resulta aplicable la remisión a las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que señala el artículo 44 de la misma Ley 472*,* toda vez que el legislador sí reguló expresamente lo relativo a los recursos que proceden contra las sentencias dictadas al interior de una acción popular y excluyó la posibilidad de presentar recurso extraordinario alguno. Como se dijo en la providencia de 2 de agosto de 2006,  *“[…] es tan cierto lo anterior, que para las acciones de grupo la misma ley sí previó en el artículo 67, la procedencia de los recursos de casación y de revisión, de donde se infiere que de haberlo querido así, habría insertado los recursos respectivos para la acción popular […]”[[11]](#footnote-11).*

En ese orden, en el presente asunto se encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

***iii)*** La acción de tutela se presentó dentro de un término razonable[[12]](#footnote-12), ya que se radicó menos de un mes después de notificada la providencia que se ataca;

***iv)*** Las irregularidades que se le endilgan a la providencia, esto es, los defectos sustantivo, orgánico y la violación directa de la Constitución pueden afectar la decisión de fondo por cuanto tienen un efecto decisivo y determinante en la sentencia;

***v)*** La situación que generó la vulneración de derechos fundamentales fue puntualizada en el escrito de tutela y, además, en tanto la solicitud se fundamenta en la inconformidad con lo resuelto en la sentencia de segunda instancia, la controversia planteada no hubiera podido haber sido alegada en el curso del proceso, y

***vi)*** No se trata de una providencia contentiva de una sentencia de tutela.

En consecuencia, la Sala procederá a su estudio.

* 1. **HECHOS**
     1. El Departamento de Boyacá y la Unión Temporal Licorandes y Asociados (hoy Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I.) suscribieron el Contrato de Concesión 001 el 15 de enero de 2003, cuyo objeto consistió en la producción, distribución y venta de licores destilados.
     2. El 11 de abril de 2005, el Procurador 46 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja interpuso acción popular en contra del Departamento de Boyacá, de la concesionaria y otros, en la que solicitó el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y la consecuente declaratoria de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 0001 de 2003[[13]](#footnote-13). La demanda correspondió en primera instancia al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja y se le asignó el radicado 2005-00974.
     3. El 11 de mayo de 2007, el Procurador 46 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en la que solicitó declarar la nulidad del Contrato de Concesión 001 de 2003 y ordenar a la Industria de Licores de Boyacá restituir al Departamento todos los bienes entregados en virtud del citado contrato. El proceso correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo de Boyacá y se tramitó bajo el radicado 2007-00473.
     4. Mediante sentencia de 16 de junio de 2011 el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones en la acción popular con radicado 2005-00974. Al respecto concluyó que con el contrato de concesión se conculcó la moralidad administrativa y que en él se pactó una cláusula violatoria del patrimonio público. Por tal motivo, declaró la suspensión del contrato hasta el momento en que se definiera la legalidad del referido contrato en la acción de controversias contractuales que cursaba en el Tribunal Administrativo de Boyacá bajo el radicado 2007-00473.
     5. Inconforme con la decisión adoptada, la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I., junto con la Promotora Internacional de Negocios Atlantis Commercial Group Colombia, la Comercializadora de Cementos E.A.T y Fernando Edmundo Acevedo Quiñones, como miembros de la Unión Temporal Licorandes y Asociados, impugnaron el fallo proferido por el Juez Noveno Administrativo de Tunja en la acción popular 2005-00974.
     6. El 28 de noviembre de 2013, el apoderado de la parte actora solicitó que se declarara el agotamiento de la jurisdicción respecto de la acción popular 2005-00974, en consideración a que se estaba tramitando la acción de controversias contractuales con radicado 2007-00473, respecto de la cual existía identidad de partes, objeto y fundamento fáctico. El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante auto de 3 de abril de 2014, advirtió que la figura alegada solo opera dentro de las acciones populares que ostentan el carácter de acciones públicas y como en el asunto se planteaba el agotamiento de jurisdicción a partir de la existencia de una acción de controversias contractuales, la petición resultaba improcedente.
     7. Mediante sentencia de 17 de julio de 2017, proferida en la acción de controversias contractuales tramitada con el radicado 2007-00473, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en primera instancia, declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión 001 de 2003 y ordenó a la actora hacer la devolución de los bienes recibidos en arrendamiento. Dicha decisión fue apelada por la parte actora y en la actualidad el recurso cursa en la Sección Tercera del Consejo de Estado.
     8. Previo a adoptar la decisión sobre el recurso de apelación en trámite de la acción popular 2005-00974, los magistrados Luis Ernesto Arciniegas Triana y Fabio Iván Afanador García del Tribunal Administrativo de Boyacá manifestaron su impedimento para adoptar la decisión por cuanto hicieron parte de la Sala en que resolvió el proceso 2007-00473 en el que se declaró la nulidad del Contrato de Concesión. Mediante auto de 23 de enero de 2019 se declararon infundadas las señaladas manifestaciones con fundamento en que los magistrados que lo formularon no conocieron del proceso de acción popular en primera instancia y en atención a que en ésta acción lo que correspondía examinar era la presunta vulneración de derechos colectivos, por lo que, a pesar de que en ella se pudieran examinar los efectos de un contrato respecto de dichos derechos, ello no trasformaba la actuación en un juicio de legalidad[[14]](#footnote-14).
     9. Mediante sentencia de 12 de febrero de 2019, proferida en la acción popular 2005-00974, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en segunda instancia, confirmó parcialmente el fallo del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, lo modificó en el sentido de declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión de Licores 001 de 2003, y ordenó al Gobernador de Boyacá expedir el acto administrativo de terminación del contrato e iniciar las actuaciones administrativas necesarias para determinar técnica y financieramente la forma de explotación económica del monopolio de licores más conveniente para el Departamento. Igualmente, ordenó a la actora restituir los bienes muebles e inmuebles de las plantas de producción y dispuso la creación de un comité de verificación del cumplimiento de la sentencia.

El Tribunal adoptó dicha decisión tras concluir que en el proceso precontractual no existieron estudios de conveniencia, oportunidad, de condiciones de rentabilidad, ni de riesgos del mercado que permitieran determinar las condiciones en que podía celebrarse el contrato de concesión, ni se pudo determinar que la duración del contrato y las utilidades del Departamento hubieren obedecido a la mejor opción financiera. Además, encontró que el Gobernador de la época adoptó la decisión sobre la conveniencia del monopolio y la forma de explotación del mismo sin facultad expresa de la Asamblea Departamental y que la cláusula relativa al 2% de las utilidades del contrato de concesión menoscabó el patrimonio público del Departamento. En consecuencia, concluyó que *“[…] el contrato de concesión es inválido de nulidad absoluta al haber incurrido en la causal general de “omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ello”, prevista en el artículo 1741 del Código Civil, y en la especial prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 […]”[[15]](#footnote-15).*

Igualmente, en la providencia el Tribunal negó la petición de declarar el agotamiento de jurisdicción solicitado en el recurso de apelación, al concluir que entre la acción popular 2005-00974 y la acción de controversias contractuales 2007-00473 sólo podría verificarse la identidad de partes y de hechos, pues la identidad de pretensiones aludida por el apelante era aparente, en la medida que, mientras el objeto de la acción popular *“[…] obedece a la inmoralidad administrativa y a la afectación del patrimonio público del ente territorial por el contrato de concesión de licores, la acción contractual* *de radicado 2007-00473-00 tiene como objeto la nulidad del mismo. Ambos objetos resultan distintos tanto en sus causas como en sus consecuencias. […]”[[16]](#footnote-16).* En ese orden, señaló que la inmoralidad tendría como fuente la conducta reprochable de un funcionario aunado a una ilegalidad que no necesariamente coincide con una causal de nulidad del contrato; a su turno, la nulidad del contrato se circunscribe a la configuración de una de las causales taxativas que no toman en consideración la existencia de una intención subjetiva desviada.

* 1. **PROBLEMA JURÍDICO**

Para resolver la presente acción, la Sala abordará, para el caso concreto, los siguientes problemas jurídicos:

**I.** ¿Incurre en defecto sustantivo y violación directa de la Constitución, la sentencia proferida en una acción popular que, al resolver el recurso de apelación interpuesto exclusivamente por la parte demandada contra la decisión de suspender un contrato de concesión, declaró la nulidad absoluta de éste, pese a que en el recurso no se presentó dicho cargo?

**II.** ¿Incurre en defecto sustantivo, la sentencia proferida en una acción popular que negó la declaratoria del agotamiento de jurisdicción en consideración a que no existía identidad de objeto entre una acción de controversias contractuales y dicha acción popular, a pesar de que en ambas se pretendía la nulidad de un contrato de concesión?

**III.** ¿Incurre en defecto orgánico la sentencia proferida en el marco de una acción popular iniciada en vigencia del Decreto 01 de 1984, que declaró la nulidad absoluta de un contrato de concesión, tras concluir que vulneraba los derechos colectivos al patrimonio público y la moralidad administrativa?

* 1. **ANÁLISIS DE LA SALA**
     1. **El defecto sustantivo y la violación directa de la Constitución**

El **defecto sustantivo** alude al aspecto normativo que sustenta las decisiones judiciales y se erige como causal de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias en consideración a que, si bien la competencia asignada a los jueces para interpretar y aplicar las normas jurídicas se encuentra amparada por los principios de autonomía e independencia, ésta no es absoluta, pues al ser una atribución que emana de la función pública de administrar justicia está limitada por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho[[17]](#footnote-17). Los criterios señalados suponen que la irregularidad que se invoca debe ser de tal importancia y gravedad que haya dado lugar a una decisión violatoria de derechos fundamentales, pues la configuración del defecto sustantivo no puede darse a partir de cualquier diferencia con la interpretación en que se funda una decisión judicial; ello, ya que el derecho es dinámico y constituye una ciencia cultural en la que bien pueden debatirse vías jurídicas distintas para resolver un mismo caso, y todas ellas resultar razonables y compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales, pues son distintas las escuelas de pensamiento jurídico y variados los métodos de interpretación que se utilizan para resolver un problema. Precisamente de ello deriva la autonomía de los jueces en su labor de administración de justicia y la necesidad de establecer órganos de cierre.

Ahora bien, resulta pertinente precisar que en la jurisprudencia constitucional se han identificado varias situaciones que ponen de presente la existencia de un defecto material en una providencia judicial[[18]](#footnote-18). En atención a los presupuestos que las configuran, dichos eventos pueden agruparse en i) el defecto sustantivo que plantea un conflicto **en relación con la fuente formal** de la providencia que se ataca y, ii) el defecto sustantivo **en torno al método de interpretación** de la norma jurídica que fundamenta la decisión, a saber:

* **Defecto sustantivo respecto de la fuente:**

Tiene lugar cuando la sentencia se fundamenta en una norma que indiscutiblemente no es aplicable al caso bajo examen por cuanto, a) es inexistente, b) ha sido declarada contraria a la Constitución, o c) está derogada y por tanto perdió vigencia. Asimismo, tiene lugar este defecto cuando de forma manifiestamente arbitraria y grosera se aplica una norma legal que no se adecúa a la situación fáctica del caso, lo cual debe ser debidamente alegado y probado ante el juez constitucional, a riesgo de desconocerse la autonomía del funcionario judicial que dictó la providencia.

* **Defecto sustantivo en torno al método:**

Se configura cuando la fuente formal de la sentencia radica en una norma aplicable al asunto bajo examen, por lo que hay acuerdo al respecto, pero la hermenéutica que de ella se hace no se encuentra dentro del margen de interpretación razonable y aceptable, o *“[…] la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes […]”[[19]](#footnote-19)*, o cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

Desde esta óptica, quien alegue que una providencia ha incurrido en defecto sustantivo o material susceptible de tutela no puede limitarse a expresar su parecer sobre la norma que debe ser aplicada, o sobre el significado y el sentido que a ella deba dársele, pues tiene la carga de demostrar la arbitrariedad en que ha incurrido la sentencia que ataca. Ya sea indicando de manera contundente la razón por la cual tal providencia se funda en norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto; o poniendo de presente la sentencia con efecto erga omnes que definió el alcance de la norma aplicable de manera distinta a como lo hace la sentencia cuestionada; o detallando las disposiciones que fueron desatendidas y que eran necesarias para efectuar una interpretación sistemática; o exponiendo de manera inobjetable las razones por las cuales la norma indiscutiblemente pertinente fue inobservada y por ende inaplicada, o finalmente, los efectos que el legislador expresamente ha dado a la norma y que son distintos a la situación fáctica planteada.

De otra parte, conforme con lo dicho por la Corte Constitucional, la **violación directa de la Constitución** constituye un defecto en aquellos casos en los cuales *“[…] si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales […]”[[20]](#footnote-20)*.

Al respecto, dicha Corporación sostiene que se configura este defecto cuando: i) se desobedecen las reglas y principios en ella contenidas, ii) cuando al aplicar tales reglas y principios se les da un alcance diferente al pretendido, y iii) cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser evidente y de haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso[[21]](#footnote-21).

**3.6.1.1.** La parte actora señaló que la sentencia de 12 de febrero de 2019 incurrió en defecto sustantivo y violación directa de la Constitución porque desconoció el principio de ***non reformatio in pejus***previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, al declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión núm. 001 de 2003. En ese sentido, precisó que en el fallo de primera instancia se ordenó la suspensión de dicho contrato hasta tanto se adoptara decisión definitiva en la acción de controversias contractuales y destacó que el recurso de apelación fue interpuesto exclusivamente por la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I., por lo que el Tribunal no podía hacer más gravosa la situación de la demandada.

Por las mismas razones, la actora señaló que la sentencia incurrió en defecto procedimental por falta de competencia funcional, porque el Tribunal realizó un juicio de legalidad por fuera de lo explícitamente alegado en el recurso de apelación. En ese orden, para la Sala, el cargo sobre el defecto procedimental bajo este supuesto se subsume dentro la acusación por defecto sustantivo y violación directa de la Constitución.

A efectos de decidir lo que corresponda, se debe tener en cuenta que el artículo 31 de la Constitución consagra el principio de *non reformatio in pejus* en los siguientes términos:

*“****ARTICULO******31.****Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.*

*El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”*

El artículo 328 del Código General del Proceso desarrolló la citada disposición constitucional, así:

*“****Artículo 328. Competencia del superior.*** *El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

*En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*

*El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.*

*En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”*

Esta garantía constitucional ha sido admitida como una de las reglas básicas de los recursos, y en virtud de ella el juez de segunda instancia tiene prohibido desmejorar la situación del apelante único, entendiéndose que tal calidad *“[…] hace referencia al interés que se tiene para recurrir o a la naturaleza de las pretensiones y no a la cantidad de apelantes, sean ellos los condenados u otros sujetos del proceso […]”[[22]](#footnote-22).*

Ahora bien, debe precisarse que el principio de *non reformatio in pejus*, en tanto derecho fundamental, **no puede ostentar un alcance absoluto o ilimitado**, razón por la cual se ha considerado por ejemplo que *“[…] en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “… aun cuando fuere desfavorable al apelante” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.) […][[23]](#footnote-23).*

En el caso concreto, es claro que la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I., la Promotora Internacional de Negocios, Atlantis Commercial Group Colombia, Comercializadora de Cemento E.A.T. y Fernando Edmundo Acevedo Quiñones (integrantes de la Unión Temporal Licorandes y Asociados), interpusieron conjuntamente el recurso de apelación en la acción popular[[24]](#footnote-24) con el fin de que se revocara en su integralidad el fallo de 16 de junio de 2011 proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, de suerte que ostentaron la condición de apelantes únicos.

En cuanto atañe al presente cargo, se tiene que en la sentencia de 16 de junio de 2011 se dispuso:

*“[…]* ***TERCERO:*** *Declarar que el Departamento de Boyacá y la Unión Temporal Licorandes y asociados, operada mediante la sociedad Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I. han vulnerado los derechos colectivos relacionados con la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, frente a los derechos y pretensiones expuestas en la parte motiva.*

***CUARTO:*** *Declarar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 001 de 2003 suscrito entre el Departamento de Boyacá y la Unión Temporal Licorandes y asociados, operada mediante la sociedad Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I., hasta tanto se defina la legalidad del contrato dentro del proceso contractual adelantado en el Tribunal Administrativo de Boyacá, rad: 2007-443. […]”[[25]](#footnote-25).*

El recurso de apelación interpuesto contra la anterior decisión fue resuelto mediante la sentencia de 12 de febrero de 2019 aquí acusada. En ella, el Tribunal Administrativo de Boyacá desestimó los cargos formulados en el referido recurso de apelación y señaló:

*“[…] 3.3. De la naturaleza y el alcance de la acción popular.*

*[…] En razón de su naturaleza constitucional y la finalidad que persigue, la acción popular posee unas características muy propias y confiere al juez unos poderes muy amplios, como el impulso oficioso del proceso y la posibilidad de proferir fallos ultra y extra petita. Lo anterior, porque el eje central son los derechos colectivos, más allá de los sujetos intervinientes y de sus intereses particulares.*

*Ello implica que entre la pretensión y el fallo no necesariamente debe existir una conexión plena de congruencia, como sí lo existe con las acciones ordinarias. Antes que otra cosa, debe el juez atender a la protección de los derechos colectivos, de cara a lo probado y no tanto de cara a lo pedido. […]*

*De otro lado, pese a que la acción popular posee dos personas como extremos del contradictorio, ello no quiere decir que exista una contención de intereses particulares. Muy por el contrario, tanto la administración, como los ciudadanos tienen el deber y el interés jurídico de salvaguardar los derechos colectivos, motivo que refuerza los poderes oficiosos del juez en pro del interés general. Así las cosas, también hace parte del interés jurídico de los particulares la defensa de los intereses colectivos, como quiera que su titularidad es difusa y compete a toda la sociedad.*

*[…]*

*11.4.- LA CONCLUSIÓN Y EL SENTIDO DE LA DECISIÓN.*

*Como se manifestó, la Sala encontró que efectivamente la concesión del monopolio de licores vulneró derechos colectivos, los que deben ampararse en salvaguarda de la moralidad administrativa y el patrimonio público. Por ello, comparte la conclusión general de vulneración y afectación de los referidos derechos a la que llegó el A quo.*

*Sin embargo, se apartará parcialmente de las decisiones adoptadas en el fallo apelado al estimarlas insuficientes en procura de proteger cabalmente la moralidad administrativa y el patrimonio público. A juicio de la Sala, no resulta razonable prohijar la ejecución de un contrato estatal viciado de nulidad absoluta hasta tanto se dilucide la acción ordinaria contractual.*

*Por ello, ante la magnitud de las irregularidades que rodearon el negocio jurídico de licores para el Departamento de Boyacá, la Sala declarará la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 0001 del 15 de enero de 2003 cuyo objeto consistió en la producción, distribución y venta de licores destilados, y ordenará al Gobernador de Boyacá, para que en un término no mayor a ocho (8) días, contabilizados a partir de la ejecutoria de esta providencia, expida el correspondiente acto administrativo de terminación del contrato en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993. […]”[[26]](#footnote-26)* Resaltado fuera del texto original.

De lo anterior se advierte que, en efecto, en la sentencia de 12 de febrero de 2019 el Tribunal Administrativo de Boyacá modificó el alcance de la decisión adoptada por el juez de primera instancia al declarar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 001 de 2003 sobre la orden de suspensión del contrato que había impartido el *a quo.*

Sin embargo, la Sala encuentra que esa sola circunstancia no tiene mérito suficiente para entender vulnerado el principio de *non reformatio in pejus* en los términos en que lo alega la parte actora, habida cuenta del conjunto de facultades de las que goza el juez de la acción popular para adoptar las medidas que estime necesarias en orden a impartir una protección eficaz de los derechos colectivos que encuentre vulnerados.

En ese sentido, debe recordarse que el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 le permite al juez de la acción popular ampliar o superar la *causa petendi*, mediante fallos *extra* y *ultra petita*, siempre que con ello se garantice la protección real del derecho colectivo vulnerado[[27]](#footnote-27).

Dicha atribución encuentra un límite morigerado en los hechos que dan lugar a la presunta vulneración de los derechos colectivos, así como en las personas a las cuales se imparten las órdenes respectivas, pues éstas deben estar vinculadas al proceso para la adecuada defensa de sus intereses[[28]](#footnote-28). En efecto, “*[…] el juez popular está revestido de amplias facultades, para definir la protección del derecho, prevenir la amenaza o vulneración y, procurar la restauración del daño en caso de que éste se produzca […] sin exceder las fronteras mismas surgidas de los hechos de la demanda, en tanto es a partir del debate de éstos que se garantiza el derecho de contradicción y el derecho de defensa. Esto quiere decir que, si bien el juez constitucional puede apartarse en cierto modo del petitum no está autorizado para salirse del radio de acción definido por los hechos y pruebas que soportan sus pretensiones. […]”[[29]](#footnote-29).* Al respecto, en sentencia de 2 de septiembre de 2009 se precisó:

*“[…] Si bien es cierto que la acción popular es de naturaleza constitucional, y que los derechos que se pretenden amparar con su interposición son aquellos de tipo colectivo, es decir, que pertenecen en principio a toda la colectividad, y que, por consiguiente, muchos de ellos están igualmente reconocidos directamente por el texto constitucional, no debe perderse de vista que el principio de congruencia opera también en este tipo de procesos.*

*En consecuencia, la jurisprudencia ha reconocido, como lo plantea el apoderado de la sociedad contratista demandada, que* ***en tratándose del principio de congruencia en acciones populares, este postulado y garantía del debido proceso se flexibiliza o relaja, para permitir que el juez no esté necesariamente vinculado en relación con algunos aspectos que podrían sistematizarse de la siguiente forma: i) en relación con las medidas deprecadas en la demanda para proteger los derechos o intereses colectivos vulnerados o amenazados, toda vez que de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, el juez adoptará cualquier orden de hacer, de no hacer, o decretará el pago de perjuicios, con miras a proteger el núcleo del derecho transgredido, razón por la que, constatada la vulneración o el peligro, el juez cuenta con una amplia gama o haz de posibilidades para decretar todas las medidas que estime pertinentes para garantizar el amparo efectivo de los derechos e intereses afectados****, ii) en cuanto concierne a la posibilidad de amparar derechos colectivos no invocados expresamente en la demanda, siempre y cuando la acusación de su vulneración se desprenda de las circunstancias fácticas narradas en la causa petendi de la demanda, y iii) en relación con hechos que se van presentando a lo largo del proceso, siempre y cuando estén relacionados con los supuestos fácticos establecidos en la demanda. En otros términos, el juez de la acción popular podrá abordar el estudio de nuevos hechos que vayan apareciendo a lo largo del proceso, siempre y cuando aquellos tengan relación con la causa petendi formulada en la demanda.*

*En relación con los aspectos antes precisados, la Sala ha puntualizado[[30]](#footnote-30):*

*“Como es sabido el juzgador debe observar el principio de congruencia (artículo 305 del Código de Procedimiento Civil,modificado Decreto 2282 de 1989, art. 1 num. 135[[31]](#footnote-31))- el cual reviste, por regla general, un carácter absoluto en tanto derivación del principio de imparcialidad rigurosa del funcionario judicial (Aragoneses). Esa consonancia del fallo impone la identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones, imperativo legal, que - como precisa el profesor Devis Echandía[[32]](#footnote-32)- está relacionado a la vez con el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP) y con el valor de la cosa juzgada.*

***“Sin embargo, tratándose del juicio popular este principio de congruencia reviste algunos matices que lo tornan menos absoluto, debido a la naturaleza de la acción y a las particularidades del derecho objeto de protección****. Así, v.gr., para la protección efectiva de los intereses colectivos invocados la orden del juez consignada en la sentencia (art. 34 ley 472) no está circunscrita a la conducta pedida en el escrito de demanda; también puede el juez oficiosamente vincular al proceso a otros posibles responsables (art. 18 eiusdem);* ***del mismo modo la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda****,* ***siempre y cuando la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda****, tal y como lo ha señalado la Sala en criterio que hoy se reitera:*

*“para proteger el derecho o interés colectivo el juez, en los términos del artículo 34 de la ley 472 de 1998, expedirá orden de hacer o no hacer, destinada a ser cumplida por la autoridad pública que incurre en la trasgresión,* ***orden que no está circunscrita a la conducta pedida en la demanda, porque el juez actúa con total amplitud y discrecionalidad al momento de disponer lo que corresponda para lograr el amparo del derecho o interés colectivo vulnerado o amenazado, ello en consideración a que la congruencia se predica frente a la petición de protección del derecho o interés colectivo que se afirma vulnerado, y no frente a las conductas que en criterio del actor son suficientes e idóneas para lograr el amparo solicitado. […][[33]](#footnote-33).*** Resaltado fuera del texto original.

Así entonces, el examen de la jurisprudencia antes referida, a la luz de las consideraciones antes expuestas en torno a las características del derecho fundamental de la *non reformatio in pejus,* pone de presente que en el ámbito de las acciones populares este principio encuentra un límite en tanto las facultades del juez de la acción popular para proferir fallos *ultra* y *extra petita,* admiten que la decisión que se adopte no se encuentre estrictamente limitada a las pretensiones y excepciones alegadas por las partes tanto en la demanda como en el recurso de apelación. Por el contrario, se insiste, el juez de la acción popular tiene competencia para disponer lo que corresponda para lograr el amparo efectivo del derecho o interés colectivo vulnerado o amenazado, incluso si ello escapa de los cargos formulados en el recurso de apelación.

En consideración a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de 12 de febrero de 2019 el Tribunal, en ejercicio de la facultad que el ordenamiento le reconoce para adoptar decisiones *ultra* y *extra petita* en acciones populares, adoptó las medidas que estimó suficientes y necesarias para hacer real y efectiva la protección de los derechos colectivos, en atención a la magnitud de las irregularidades que rodearon el negocio jurídico de licores para el Departamento de Boyacá y que, en su criterio, hacían que la sola suspensión del Contrato de Concesión 001 de 2003 no resultara coherente en tanto implicaba prohijar la ejecución de un contrato estatal viciado de nulidad absoluta.

En ese sentido, en los términos de la jurisprudencia antes referida, si bien el Tribunal al resolver la acción popular en segunda instancia adoptó una decisión que superó el fallo del *a quo,* ésta resulta completamente ajustada al límite de los hechos que dieron lugar a la formulación de la demanda por la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, a partir de los cuales se planteó el debate y se ejerció el derecho de contradicción, y no se extendió sobre personas que no estuvieron involucradas en el proceso y que, por lo mismo, no pudieron ejercer su derecho a la defensa, aspectos que de encontrarse acreditados representarían un ejercicio excesivo de las facultades que se le reconocen al juez de la acción popular, en los términos antes señalados.

En consecuencia, no es posible afirmar que se haya trasgredido el alcance que el principio de congruencia surte en el marco de las acciones populares, de manera que no se evidencia la configuración de los defectos alegados por violación del principio de *non reformatio in pejus* previsto en el artículo 31 de la Constitución.

**3.6.1.2.** De otra parte, como sustento de los defectos planteados, la parte actora reprochó que el Tribunal Administrativo de Boyacá negara la declaración del agotamiento de jurisdicción con fundamento en argumentos inatendibles e impertinentes, a pesar de existir identidad de causa, objeto y partes entre la acción popular 2005-00974 y la acción de controversias contractuales tramitada en primera instancia por el mismo Tribunal bajo el radicado 2007 00473. Destacó que la jurisprudencia relativa al agotamiento de jurisdicción tiene por objeto evitar el uso abusivo del aparato de justicia y que los principios de seguridad jurídica, celeridad, eficacia y economía procesal pueden verse desconocidos cuando coincidan acciones populares con acciones de controversias contractuales.

Sobre el particular, en la sentencia de 12 de febrero de 2019 se expusieron las siguientes consideraciones:

*“[…] 3.1. De los vicios procesales alegados.*

*3.1.1. Del agotamiento de jurisdicción entre la acción popular de la referencia y la acción contractual con radicado 2007-00473-00*

*Aduce la parte apelante que la jurisdicción se encuentra agotada para esta acción popular ya que la unicidad de la función jurisdiccional impide que se continúe tramitando esta cuerda procesal por no ser concluyente, y por estar sometida en último término a la resolución de un proceso posterior con idénticas partes y pretensiones. No obstante, la Sala considera que las apreciaciones señaladas son inexactas porque no puede predicarse identidad de objeto entre ambas acciones, resultando falsa también la interdependencia planteada.*

*Ya el Ponente, en decisión recogida en auto del 3 de abril de 2014 (Fls. 2085-2088), se pronunció acerca del agotamiento de jurisdicción a propósito del incidente de nulidad propuesto por el apoderado de la Industria de Licores de Boyacá, y en el que se concluyó que la denominada figura del "agotamiento de jurisdicción" sólo aplica entre procesos que ostenten la naturaleza de acciones públicas.*

*No obstante, la Sala encuentra conveniente extender más las consideraciones para despachar desfavorablemente el vicio procesal alegado.*

*El instituto del agotamiento de jurisdicción es una figura procesal por medio de la cual se evita que una misma controversia sea ventilada dos veces ante la jurisdicción, precaviéndose la existencia de dos sentencias sobre un mismo litigio, como la posibilidad que ambas soluciones sean distintas o contradictorias entre sí. Así las cosas, una vez presentada la primera acción, sería procesalmente inviable presentar otra acción que le sea idéntica.*

*En tal sentido, debe resaltarse que el agotamiento de jurisdicción posee una connotación procedimental y no sustantiva, es decir, el motivo que agota la jurisdicción es el hecho de haberse interpuesto una acción con anterioridad a otra idéntica, y no el estudio de fondo relativo a la "completitud" de las pretensiones que pudiera predicarse de la una o de la otra. Si una acción posterior es más "completa" que una anterior, la posterior se encontraría agotada en su jurisdicción para los aspectos idénticos a la anterior y no en los demás.*

*Así las cosas, resulta que el agotamiento de jurisdicción deviene por el tiempo en que se interponen las acciones y no de otro tipo de consideraciones relativas a la posible idoneidad de la demanda. El presente argumento de índole temporal sería apto y adecuado para despachar la falta de agotamiento de jurisdicción de la presente acción popular de la referencia en relación con la acción contractual posterior con radicado 2007-00473-00. No obstante, en atención a la suficiencia argumentativa, la Sala explicará, en gracia de discusión, por qué tampoco se configuran, en el presente caso, los presupuestos del agotamiento de jurisdicción. […]*

*En el escrito de apelación refiere el recurrente un ejemplo donde el Consejo de Estado declaró el agotamiento de jurisdicción entre una acción contractual y una acción popular, porque la acción contractual interpuesta con anterioridad a la acción popular, protegió de hecho la moralidad administrativa, dejando sin sentido la presentación de una acción popular posterior para lograr dicho fin. (Sentencia AP-537 de 26 de diciembre de 2002 C.P. María Elena Giraldo Gómez, referida por la parte apelante, fl. 2380). Nótese que en el ejemplo referido se cumplen los supuestos descritos, haciendo especial énfasis, que se cumple la identidad de objetos, pues ambas acciones lograron proteger de fondo la moralidad administrativa.*

*Sin embargo, en el caso de marras no puede predicarse la misma situación, como quiera que sólo podría verificarse la identidad de partes y de hechos, entre la presente acción y la cuerda contractual referida. Si bien es cierto pudiera pensarse en identidad de pretensiones entre ambas acciones, tal semejanza es sólo aparente, hallándose diferencias concluyentes en cuanto al objeto de las mismas, siendo imposible declarar agotadas las jurisdicciones entre la acción popular de la referencia y la acción contractual con radicado 2007-00473-00, como se explicará:*

*Mientras el objeto de la acción popular de la referencia obedece a la inmoralidad administrativa y a la afectación del patrimonio público del ente territorial por el contrato de concesión de licores, la acción contractual de radicado 2007-00473-00 tiene como objeto la nulidad del mismo. Ambos objetos resultan distintos tanto en sus causas como en sus consecuencias. Mientras la inmoralidad administrativa del contrato tendría como fuente una ilegalidad, que no necesariamente debe coincidir con las causales de nulidad del contrato estatal, y la configuración y probanza de una conducta subjetiva reprochable del funcionario, la nulidad del contrato se circunscribe a la configuración de una de las causales expresas y taxativas de nulidad del contrato estatal, sin necesidad de existir una intención subjetiva desviada.*

*De otro lado, la inmoralidad administrativa y/o la afectación del patrimonio público acaecida en el contrato estatal no tendrían como consecuencia necesaria, en principio, la anulación del negocio jurídico, permitiéndose también medidas distintas y alternas a la anulación, como por ejemplo la suspensión.*

*Por ello, la acción popular -que pretende la salvaguarda de derechos colectivos a la moralidad y al patrimonio público -, y la acción contractual -que pretende la nulidad de un contrato estatal-, no se agotan mutuamente la jurisdicción, por obedecer a acciones con objetos distintos. Ello será así a menos que la acción contractual tuviese por fin la protección de los mismos derechos colectivos y fuese radicada con anterioridad a la acción popular.*

*De otro lado, debe aclararse que la petición de agotamiento de la jurisdicción no puede despacharse en relación con la pretensión originalmente elevada en la acción popular, sino que debe verificarse con la auténtica pretensión albergada en la misma después de la adecuación jurisdiccional efectuada (Fls. 1893-1900). No puede perderse de vista que la Jurisprudencia ha señalado que la acción popular no es, en principio, una acción idónea para declarar la nulidad del contrato estatal.*

*Por dicha razón, el juez de primera instancia debió adecuar la acción de la referencia, y aunque la misma originalmente pretendiera la nulidad, sólo podía pretender la suspensión, y no por la sola violación objetiva de la legalidad, sino por la configuración de una conducta subjetiva inmoral. En ese sentido, tampoco se hallan los presupuestos para declarar el acaecimiento de la concitada figura. […]”[[34]](#footnote-34)*

Al respecto, la Sala encuentra que los argumentos que sustentan el cargo por defecto sustantivo no aluden a que la providencia se fundó en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, o que desconoció una sentencia con efecto erga omnes que definió el alcance de la norma aplicable. Por el contrario, en este punto, la actora en realidad plantea una inconformidad con las conclusiones del Tribunal respecto del vicio procesal alegado en el recurso de apelación, pues considera que, como en la acción contractual radicada con el número 2007-00473 y en la acción popular con radicado 2005-00974 estuvieron involucradas las mismas partes y se solicitó la declaratoria de nulidad del Contrato de Concesión 001 de 2003, no existe diferencia en cuanto a los alcances de ambas acciones y, por lo mismo, había lugar a declarar agotada la jurisdicción en orden a evitar fallos contradictorios y el abuso del aparato de administración de justicia.

En la providencia acusada el Tribunal Administrativo de Boyacá encontró que no era procedente la declaratoria del agotamiento de jurisdicción porque no existía identidad de objeto entre ambas acciones, toda vez que la protección de intereses colectivos que inspira las acciones populares no constituye el objeto de la acción de controversias contractuales, y estimó además que la prosperidad de uno u otra acción se encuentra determinada por supuestos diferentes, análisis éste que se encuentra lógico y razonable, en atención a los supuestos de procedencia de la figura jurídica solicitada.

En consecuencia, la Sala concluye que en la sentencia de 12 de febrero de 2019 no se advierte la configuración del defecto sustantivo ni la violación directa de la Constitución alegados por la parte actora.

* + 1. **El defecto orgánico**

La Corte Constitucional[[35]](#footnote-35) ha precisado que esta causal de procedencia de la acción de tutela encuentra su fundamento en el respeto de la garantía del juez natural establecido en el artículo 29 de la Constitución y se configura cuando una persona o un asunto objeto de litigio es juzgado por alguien que carece de competencia, de conformidad con las normas que regulan los procedimientos judiciales. El mismo Tribunal ha indicado que la falta de competencia constituye un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso en la medida en que ésta delimita el campo de acción de la autoridad judicial para garantizar el principio de seguridad jurídica.[[36]](#footnote-36)

Según la jurisprudencia constitucional existen dos hipótesis a partir de las cuales se configura el defecto aludido: *“[…] (i) la funcional, cuando la autoridad judicial extralimita en forma manifiesta el ámbito de sus competencias constitucionales y legales[[37]](#footnote-37); y (ii) la temporal, cuando a pesar de tener ciertas atribuciones o competencias, la autoridad judicial las ejerce por fuera del término previsto para ello. […]”*[[38]](#footnote-38).

En el presente asunto la parte actora acusa la sentencia de 12 de febrero de 2019 de haber sido proferida pese a la falta de competencia orgánica del Tribunal Administrativo de Boyacá, *“[…] conforme a la Ley y la Jurisprudencia, Juez Popular le está vedado nulitar contratos estatales, pues, para tal fin, el rito procesal y la acción judicial correcta resulta ser la que corresponde con su nomen, misma que el Legislador depositó en el artículo 87 del Decreto 01 de 1984, contentivo del Código Contencioso Administrativo*, *“De las controversias contractuales” […]”[[39]](#footnote-39).* En su criterio, en el marco de las acciones populares no hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal, puesto que el objeto de dicho proceso se orienta a la protección de derechos e intereses colectivos.

Por tal motivo, llamó la atención sobre el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 que establece el contenido de la sentencia que se dicte en el marco de la acción popular y que en ninguna parte se refiere a la posibilidad de anular un contrato. Igualmente, se refirió a la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida dentro del proceso 25000-23-15-000-2002-02704-01 en la que se adujo que “*no le es posible al Juez Popular nulitar Actos Administrativos, ni antes ni después de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011”[[40]](#footnote-40).*

Sea lo primero advertir que en la señalada sentencia de unificación, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 13 de febrero de 2018, se estudió lo relativo a la procedencia de estudio de legalidad de actos administrativos en acciones populares iniciadas en vigencia del régimen del Decreto 01 de 1984, razón por la cual, la tesis allí adoptada no resultaba aplicable al caso resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 12 de febrero de 2019, dado que lo debatido en el asunto de la referencia recae sobre un objeto distinto, esto es, sobre un contrato y no un acto administrativo.

En ese orden, a pesar de que en esa providencia se aludió tangencialmente a la procedencia de la acción popular contra contratos, ello constituye un *obiter dicta* y no hace parte integrante de la *ratio decidendi* de aquél fallo, por lo que no resultaba vinculante para la decisión que debía adoptar el Tribunal accionado[[41]](#footnote-41).

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de anular un contrato estatal en el trámite de una acción popular, el Tribunal accionado realizó las siguientes consideraciones en la sentencia de 12 de febrero de 2019:

*“[…] 3.7. Nulidad absoluta del contrato estatal y la competencia del juez popular.*

*En relación con la nulidad absoluta, se debe señalar que dicha institución tiende a castigar lo que resulta contrario a la ley, tal como lo señala el Código Civil, al sostener que dicha sanción se aplica cuando faltan los requisitos que la ley prescribe para la validez del acto o negocio jurídico, se ejecutan actos ilícitos o hay incapacidad de las personas que intervienen en el respectivo negocio. Al respecto, el artículo 1741 ibídem señala:*

*"ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leves prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerda, son nulidades absolutas.*

*Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.*

*Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".*

*Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el artículo 1742 de la misma codificación, dicha nulidad se caracteriza porque la misma puede ser declarada de oficio por el juez; hecha la declaración judicial, se retrotraen los efectos del contrato declarado nulo y se extinguen desde su inicio, lo cual implica que las partes deben ser restituidas al estado en el que se encontraban de no haberse celebrado el contrato, salvo que las partes hayan tenido conocimiento de la ilicitud del objeto. […]*

*Ahora bien, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y la misma no es susceptible de saneamiento por ratificación de las partes. Así las cosas, como quiera que la ley ha radicado bajo la competencia del juez administrativo la decisión sobre la nulidad absoluta del contrato celebrado con las entidades estatales, el legislador ha impuesto a la administración el deber legal de dar por terminado el contrato mediante el respectivo acto motivado, tal como lo señala el artículo antes mencionado. […]*

*Corresponde ahora dilucidar si la jurisdicción contencioso administrativa, en sede de la acción popular, puede declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal cuando el mismo no solamente ha transgredido normas de orden público, sino que, además, ha infringido los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público.*

*Es claro que en la actualidad, bajo la égida de la Ley 1437 de 2011, es impensable que el juez popular anule el contrato estatal, por expresa prohibición del artículo 144, dispositivo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 2011, al considerar que "Se trata de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011 a partir de su artículo 135".*

*Sin embargo, cabe advertir que la acción popular de la referencia fue instaurada en el año 2005, y, por consiguiente, no resultaría aplicable la limitación legal acerca de la competencia del juez popular para la anulación de los contratos estatales. […]*

*Teniendo claro entonces que no es aplicable al presente caso la limitación legal contenida en el inciso 2 del artículo 144 del CPACA, importa dilucidar ahora sí, al amparo de la normatividad y la jurisprudencia vigentes y aplicables a las acciones populares instauradas con anterioridad al 2 de julio de 2012, resulta posible que el juez popular adopte dicha sanción contractual —la de nulidad absoluta-, bien como respuesta a una pretensión concreta o inclusive de oficio.*

*Pues bien, la Sala considera que la respuesta a dicha interrogante es afirmativa, es decir, a favor de la competencia del juez popular para la anulación del contrato estatal cuando se acredite fehacientemente, no solo el desconocimiento del ordenamiento jurídico, sino la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.*

*Así, a partir del año 2005, en fallo de fecha 5 de octubre, la Sección Tercera del Consejo de Estado avaló la procedencia de la acción popular para conseguir la anulación del contrato estatal. En dicha oportunidad manifestó lo que sigue: [..]*

*“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 v armonía entre cada uno de sus dispositivos (aras. 9, 15 34 v 40) Permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte el 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”.*

*[…]*

*Inclusive, recientemente la Sala Plena del Consejo de Estado ha tenido oportunidad, en dos (2) ocasiones, de avalar la competencia del juez popular para anular contratos estatales.*

*En efecto, en un primer caso39, aunque no se refirió explícitamente a la materia, sí encontrado* (sic) *ajustado al ordenamiento jurídico un fallo popular proferido por este Tribunal Administrativo, en el año 2009, en el que declaraba la nulidad absoluta de cláusulas de un contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público en la ciudad de Tunja, inclusive la nulidad absoluta de un OTROSÍ al referido contrato para la operación y mantenimiento del sistema de semaforización en la misma ciudad. En esta oportunidad, el Consejo de Estado avaló las medidas ultra y extra petita adoptadas en segunda instancia por el Tribunal Administrativo para amparar de manera integral los derechos a la moralidad administrativa y el patrimonio público.*

*En un segundo caso40, la Corporación sí se refirió expresamente sobre la posibilidad de anular un contrato estatal en sede de la acción popular. Inclusive, en sede revisión de un fallo popular, de oficio, declaró la nulidad absoluta de un contrato de arrendamiento de un bien de uso público con los siguientes argumentos: […]*

*Frente al caso en estudio, la Sala encontró que, contrario a lo alegado por la entidad demandada, en el proceso precontractual del asunto de marras no existieron estudios de conveniencia y oportunidad que avalaran el negocio jurídico. Y es que, como ya se dijo, los estudios previos no son un requerimiento meramente formal de la etapa precontractual, sino que implican una obligación material que conduce a la administración a determinar técnica y adecuadamente el contrato, en aquellos elementos que posteriormente se transformarán en cláusulas contractuales. Precisamente como los estudios precontractuales tienen por fin la iluminación de las determinaciones de los funcionarios públicos para que se erradique la subjetividad y se afinque la objetividad racionalizada.*

*Como ya se concluyó en el acápite de los hechos probados, la Sala estimó que los documentos que aparentaban dar soporte al proceso de negociación no tuvieron el alcance de suplir materialmente los estudios precontractuales requeridos. […]*

*[…] Por lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que el contrato de concesión es inválido de nulidad absoluta al haber incurrido en la causal general de "omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ello", prevista en el artículo 1741 del Código Civil, y en la especial prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. […]”[[42]](#footnote-42)*

El análisis realizado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el acápite trascrito de la sentencia acusada pone de presente que no se configura el defecto orgánico en los términos planteados por la parte actora.

En efecto, la competencia que asumió dicha Corporación para pronunciarse sobre la legalidad del Contrato de Concesión núm. 001 de 2013 estuvo soportada en la jurisprudencia reciente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación[[43]](#footnote-43) que, al decidir una solicitud de eventual revisión de una sentencia que resolvió una acción popular iniciada en vigencia del Código Contencioso Administrativo, declaró la nulidad de un contrato de arrendamiento celebrado sobre un bien de uso público, por adolecer de objeto ilícito, lo cual redundaba en la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público.

En esa oportunidad, la Sala Plena prohijó la tesis asumida por la Sección Tercera en casos semejantes desde el 5 de octubre de 2005, en torno a la viabilidad de declarar la nulidad de contratos estatales en escenarios propuestos bajo la arista de una acción popular y al amparo del Código Contencioso Administrativo. Tal como expuso el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia cuestionada en esta acción de tutela, dicha tesis puede sintetizarse así:

*“[…] 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[[44]](#footnote-44), pues por tratarse de irregularidades que no admiten saneamiento procede su declaración de oficio o a petición de parte[[45]](#footnote-45).*

*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[[46]](#footnote-46) 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. […]”[[47]](#footnote-47)* Resaltado fuera del texto original.

Por lo anterior, la Sala advierte que en la adopción de la decisión que se ataca el Tribunal Administrativo de Boyacá observó las reglas jurisprudenciales vigentes que admiten la posibilidad de realizar un estudio de legalidad de los contratos estatales en el marco de acciones populares iniciadas en vigencia del régimen del Decreto 01 de 1984 y, por lo mismo, no constituye una trasgresión de las normas procesales aplicables, ni representa la anulación de la efectividad de los derechos fundamentales de la parte actora.

En consecuencia, la Sala advierte que tampoco se configura el defecto orgánico propuesto.

* 1. **CONCLUSIÓN**

En vista de que en el presente caso no se observa una arbitrariedad que represente un ejercicio irracional de la función encomendada a la autoridad accionada, se concluye que no se configuran los defectos sustantivo, orgánico, procedimental ni la violación directa de la Constitución, alegados por la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I. En consecuencia, la Sala negará el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**FALLA**

**PRIMERO: NEGAR** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad invocado por la Industria de Licores de Boyacá S.A. C.I, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, si ella no es impugnada oportunamente en los términos señalados por la Ley.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**

**Presidente**

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

1. En el escrito de tutela la parte actora hace referencia a la sentencia de **13 de febrero de 2019** proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro de la acción popular tramitada bajo radicado 150001 31 33 009 2005 00974 01. Sin embargo, en la obra copia de la sentencia remitida por en cumplimiento del auto admisorio de la presente acción consta como fecha el **12 de febrero de 2019,** por lo que se tiene esta última como fecha de la providencia acusada. [↑](#footnote-ref-1)
2. A folio 1 del cuaderno principal la parte actora indica que se interpone la presente acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que estima vulnerados con ocasión de la *“sentencia judicial pronunciada al interior del radicado* *150012331000****2007 47301*** *(acción popular)”.* Sin embargo, en el acápite de las pretensiones de la tutela (Folio 23) aclaró que ruega *“ordenar la suspensión definitiva de los efectos de la sentencia proferida el 13 de febrero* (sic) *de 2019 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá dentro del radicado 150013133009* ***2005 0097401”.*** En consecuencia, por ser acorde con el contenido integral de la solicitud de tutela, se deduce que la acción se dirige en contra de la providencia proferida en este último proceso. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 10 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Radicado 250002315000200201270401. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 23 y 24 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Equitec S.A., Comercializadora de Cemento Empresa Asociativa de Trabajo, Promotora Internacional de Negocios, Atlántis Commercial Group Colombia, Fernando Edmundo Acevedo Quiñones, Javier Marín Arboleda, Fernando Andrade Hoyos, Camilo Garzón Silva y Víctor Hugo Ramos Camacho. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 196 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 221 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Proferida dentro del proceso con radicado 05001 3331 003 2009 00157 01 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 320 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 2 de agosto de 2006, Radicación número: 11001-03-15-000-2004-00764-00(AP), C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Dicha tesis fue reiterada en la providencia de 10 de febrero de 2011, radicado número: 11001-03-15-000-2010-01519-00(AP), C.P.: Enrique Gil Botero; y en el auto de 12 de mayo de 2011, radicado número 11001-03-15-000-2010-01370-00(AP), C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia del cinco (5) de agosto de 2014, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicado No. 11001-03-15-000-2012-02201-01, Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A., Demandado: Consejo de Estado, Sección Primera. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 8, cuaderno 1, del expediente de la acción popular bajo radicado 2005-00974-01 allegado en copia. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 2124 a 2127 cuaderno 6, del expediente de la acción popular bajo radicado 2005-00974-01 allegado en copia. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 2174 reverso, cuaderno 6, del expediente de la acción popular bajo radicado 2005-00974-01 allegado en copia. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 2144, cuaderno 6, del expediente de la acción popular bajo radicado 2005-00974-01 allegado en copia. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional, Sentencia T-757 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2017, M.P.: Diana Fajardo Rivera, en la cual se reitera lo señalado en las sentencias SU-399 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, SU-400 de 2012 M.P. (e): Adriana María Guillén Arango, SU-416 de 2015 M.P.: Alberto Rojas Ríos y SU-050 de 2017 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2017, M.P.: Diana Fajardo Rivera. [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencia T-032 de 8 de febrero de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Constitucional. Sentencia T-503 del 18 de junio de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra. Actor: Nancy Jaramillo Puerta, agente oficioso de su madre contra Susalud EPS Seccional Antioquia. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, expediente 17.160. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 2374 a 2403, cuaderno 6, del expediente de la acción popular bajo radicado 2005-00974-01 allegado en copia. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 2368 y 2369, cuaderno 6, del expediente de la acción popular bajo radicado 2005-00974-01 allegado en copia. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 2148 y 2174, cuaderno 6, del expediente de la acción popular bajo radicado 2005-00974-01 allegado en copia. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2007, proferida dentro del proceso 25000-2325-000-2003-01252-02. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciocho (18) Especial De Revisión De Revisión Eventual, sentencia de cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). [↑](#footnote-ref-28)
29. Sentencia del 16 de mayo de 2007 proferida dentro de la Acción Popular identificada con el número 25000-2325-000-2003-01252-02.2003-01252 [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 2006, exp. AP 2004-640, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-30)
31. “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley” [↑](#footnote-ref-31)
32. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, Pág. 57. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de septiembre de 2009, radicado: 25000-23-25-000-2004-02418-01. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 2142 a 2146, cuaderno 6, del expediente de la acción popular bajo radicado 2005-00974-01 allegado en copia. [↑](#footnote-ref-34)
35. Corte Constitucional. Sentencias SU-210 de 2017, SU-565 de 2015 y SU-198 de 2013. [↑](#footnote-ref-35)
36. Corte Constitucional. Sentencias SU-210 de 2017 SU-198 de 2013 y T-522 de 2016. [↑](#footnote-ref-36)
37. Por ejemplo, en la sentencia T-522 de 2016 , se encontró que se configuraba la causal en mención debido a que en un proceso ejecutivo, el Juzgado 1º Civil Municipal de Chaparral ordenó el secuestro, embargo, remate y adjudicación de unos bienes no siendo el funcionario judicial competente para ello pues los implicados eran miembros de la comunidad indígena Yaguara y los bienes que se afectaban con la medida cuestionada hacían parte de esta comunidad, siendo por tanto los competentes para dirimir el conflicto, las autoridades de la propia comunidad indígena. Así también, en la sentencia T-313 de 2010 se concluyó que se configuraba la causal en razón a que el Juzgado Promiscuo Municipal de Sincé, Sucre no tenía la jurisdicción y menos la competencia para juzgar y condenar al pago de una cuantiosa suma de dinero a una entidad pública como el INVIAS. [↑](#footnote-ref-37)
38. Corte Constitucional. Sentencias SU-565 de 2015, T-309 de 2013 y T-313 de 2010. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 19 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio 21 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-40)
41. Así se reconoció en la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018), al resolver la solicitud de eventual revisión en el proceso con radicación número: 05001 3331 003 2009 00157 01, actor: Freddy Morales Suaza y otros. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folios 2167 a 2174, cuaderno 6, del expediente de la acción popular bajo radicado 2005-00974-01 allegado en copia. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001 3331 003 2009 00157 01, actor: Freddy Morales Suaza y otros. M.P.: Oswaldo Giraldo López. [↑](#footnote-ref-43)
44. 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-. [↑](#footnote-ref-44)
45. 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-*.* [↑](#footnote-ref-45)
46. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de diciembre de 2003, exp. AP (IJ-1204), consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade. [↑](#footnote-ref-46)
47. 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. [↑](#footnote-ref-47)