

**REPÚBLICA DE COLOMBIA****TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

Tunja, 22 de abril de 2020

Medio de Control : **Popular**  
Demandante : **Pedro Pablo Matallana Rodríguez y Otros**  
Demandado : **Sera Q.A. Duitama E.S.P. S.A., Municipio de Duitama**  
Expediente : **15238-33-33-001-2019-00147-01**  
Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor popular en contra del auto del 27 de agosto de 2019, mediante el cual se rechaza la demanda de la referencia.

**I. AUTO APELADO**

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante auto del 27 de agosto de 2019 rechazó la demanda de la referencia al considerar que la presente acción popular ya había sido presentada ante esta jurisdicción, en esa ocasión radicada con el número 2019-112 la que fue rechazada porque los actores populares no subsanaron los defectos indicados.

Sumado a lo anterior, expresa que en esta oportunidad persisten las causales de inadmisión.

Manifiesta que el asunto de la referencia no es susceptible de control judicial a través del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, razón por la cual, procede el rechazo de la demanda, en los términos del numeral 3° del artículo 169 del CPACA.

Señala que en los términos del artículo 144 del CPACA, si bien es cierto la acción popular se puede interponer aun cuando la conducta transgresora se derive de un acto administrativo o de un contrato, “...*el juez tiene vedada la posibilidad de su anulación*”.

Así pues, advierte que la solución del problema jurídico de esta acción depende del juicio de legalidad de unos actos administrativos y de un contrato de sociedad, temas que son ajenos al medio de control escogido por los actores populares, mucho menos cuando la amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados se edifica únicamente en especulaciones suscitadas a raíz de la decisión del Consejo de Estado, que en providencia del 8 de mayo de 2019, revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 19 de febrero de 2009, que había declarado la nulidad absoluta del contrato de sociedad, dentro del trámite de la acción contractual promovida por el municipio de Duitama en contra de SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A.

Luego, expresa que el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos no es procedente para la solución del problema jurídico propuesto por los actores populares, “...*pues dicho sea de paso, el medio idóneo continúa siendo el de controversias contractuales en el caso que no haya operado el fenómeno jurídico de la caducidad o el de simple nulidad, si es que los actos administrativos que autorizaron el contrato de sociedad y mismo contrato, están incursos en causal de nulidad absoluta como lo esgrimen los demandantes*”.

Por último, manifiesta que no se puede dar aplicación al artículo 171 del CPACA, que impone al juez adecuar el trámite de la demanda, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, “*pues no se sabe a ciencia cierta lo que los demandantes pretenden, puesto que en la pretensión segunda solicitan la suspensión de los efectos del contrato de sociedad, junto con los actos administrativos previos, mientras que en la tercera piden la inaplicación total, por estar viciado de una causal ilícita; al tiempo que, si el*

*medio de control es el contractual se requiere prueba del agotamiento del requisito de procedibilidad y actuar a través de profesional del derecho que acredite el derecho de postulación. Aunado a lo anterior, se desconoce si dentro de la acción contractual que finalizó con la decisión del Consejo de Estado arriba citada, se había decretado la suspensión del contrato de sociedad”.*

## **II. RECURSO DE APELACIÓN**

El actor popular apela el auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante el cual se rechaza la demanda de la referencia, con el fin de que se revoque y se le dé trámite al medio de control.

Menciona que los fundamentos de la acción popular no se edifican en meras especulaciones, sino en certezas jurídicas, pues sin lugar a dudas el contrato de constitución de la empresa SERA Q.A. DUITAMA E.S.P S.A., es susceptible de ejecución, independientemente de su legalidad o de que atente contra la moralidad administrativa y el patrimonio público, ya que el Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia y declaró inepta la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Aduce que el Consejo de Estado con la decisión que adoptó, dejó con efectos el registro mercantil hecho en la cámara de comercio de Duitama, donde se encuentra constituida la empresa SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., “...*lo que conlleva a su debida existencia y representación legal, tanto es así, que en la presente anualidad dicha empresa se encuentra renovada en el registro mercantil”.*

Sostiene que el contrato está vigente y puede ser ejecutado, configurándose un riesgo inminente de que el contrato se ejecute, pese a la desviación de poder que lo vicia, aunado a la evidente ilegalidad por causa ilícita.

Manifiesta que no pueden interponer el medio de control de controversias contractuales por carecer de legitimación en la causa por activa, y el medio de control de acción popular es el más idóneo para el caso en concreto.

Considera que el medio de control de acción popular es autónomo, por lo tanto, el *a quo* no puede rechazar la demanda argumentando que existen otros medios, más aún cuando se demuestra la afectación de los derechos colectivos, como son, la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Precisa que no es cierto que estén atacando solamente la ilegalidad de los actos administrativos y contratos, ya que, claramente se expuso en el escrito de demanda que existe también desviación de poder.

Alega que demostró que dentro del proceso de constitución de la empresa SERA Q.A. Duitama E.S.P. S.A. aparte de las ilegalidades presentadas dentro de su creación, también se evidencia que está viciado por desviación de poder, tal y como lo concluyó el Tribunal Administrativo de Boyacá cuando en la sentencia revocada adujo “...*el proceso de constitución de la empresa no observó las normas en que debía fundarse, y creó fue una sociedad por acciones y no una empresa de economía mixta tal y como lo ordenaban los actos administrativos emanados por el Concejo Municipal. Por esto fue que el consorcio, o socio privado, quedó con el 60% accionario de la empresa y el municipio con un capital minoritario del 40%*”.

Antes de concluir, advierte que el *a quo* no tuvo en cuenta el *principio pro actione*.

Por último, expone que el requisito de procedibilidad de petición previa ante la administración fue satisfecho, solicitando que se diera por terminado de común acuerdo el contrato, y que lo pretendido con la acción es la protección de los derechos colectivos y la suspensión de los efectos de los actos administrativos y el contrato de constitución de la empresa SERA Q.A.

DUITAMA E.S.P. S.A., más no, la nulidad de los actos administrativos y contratos.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **1. Problema jurídico**

En esta oportunidad le corresponde a la Sala analizar si tal como lo decidió el a quo en la providencia impugnada resulta procedente el rechazo de la demanda de la referencia, en los términos del numeral 3° del artículo 169 del CPACA, por considerar que el asunto al que se contrae la demanda no es susceptible de control judicial a través del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, ya que su análisis depende del juicio de legalidad de unos actos administrativos y de un contrato de sociedad, estimando que los medios idóneos de control procedentes son el de controversias contractuales o el de nulidad.

Para resolver el problema jurídico planteado se abordarán los siguientes temas, i) la procedencia del recurso de apelación en contra de la providencia que rechaza la demanda en el medio de control de derechos e intereses colectivos; ii) la procedencia del rechazo *in limine* de la demanda en el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos; iii) el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos y su naturaleza; iv) la procedencia de la acción popular en hechos de naturaleza contractual; y v) la solución del caso concreto.

#### **2. Procedencia del recurso de apelación contra la providencia que rechaza la demanda en el medio de control de derechos e intereses colectivos**

El artículo 36 de la Ley 472 de 1998, establece que contra los autos dictados durante el trámite de la acción popular procede el recurso de reposición, el cual será interpuesto de acuerdo a los presupuestos del Código de Procedimiento Civil, en la actualidad CGP, disposición que se ha interpretado

de manera restrictiva entendiendo que frente a los autos dictados dentro del trámite de este proceso sólo procede el recurso de reposición, por lo que estos no son objeto del recurso de apelación.

La Ley 472 de 1998 señaló respecto del recurso de apelación, lo siguiente:

“Artículo 37º.- Recurso de Apelación. El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente. ...”.

Así mismo, es procedente el recurso de apelación contra el auto que decreta las medidas cautelares, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 472 de 1998.

Luego, se puede concluir de las normas transcritas, que el recurso de apelación procede contra la sentencia que se dicte en primera instancia (art. 37) y contra el auto que decreta las medidas cautelares (art. 26), y el de reposición contra los autos dictados durante el trámite de la acción popular (art. 36).

No obstante, frente al que rechaza la demanda de acción popular, según criterio jurisprudencial también es procedente el recurso de apelación. Efectivamente, el Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos<sup>1</sup> ha dicho que el auto que ordena el rechazo de la demanda sí es susceptible del recurso de alzada, puesto que la naturaleza jurídica de este auto no es igual a la de los referidos en el mencionado artículo 36, es decir, aquellos que se dictan dentro del trámite regular de las acciones populares, por cuanto el auto que rechaza la demanda “...*FRUSTRA el inicio del proceso (al rechazar la demanda se está afectando directamente la existencia del proceso)*”.

En esta medida, se ha dicho que este auto no es objeto de regulación por parte de la Ley 472 de 1998, por lo que se debe acudir entonces a su artículo 44,

---

<sup>1</sup> Autos dictados al respecto: 1) Sección Tercera. Auto del 5 de agosto de 2004. Exp. AP-070. Actor: Sergio Sánchez. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. 2) Sección Tercera. Auto del 28 de julio de 2000. Exp. AP-070. Actor: Luis Enrique Montenegro Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Enrique Guzmán. 3) Sección Tercera. Auto del 16 de agosto de 2001. Exp. AP-143. Actor: Francisco Eduardo Rojas Quintero. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

según el cual, las posibles lagunas que puedan presentarse se solucionarán aplicando las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (hoy CGP) o el Código Contencioso Administrativo, dependiendo de la jurisdicción que le corresponda.

Ciertamente, en el numeral 1° del artículo 243 del CPACA se consigna que es apelable el auto que rechace la demanda, el que se concederá en el efecto suspensivo (inc 3 ibídem).

En el artículo 244 ibídem se indica el trámite del recurso de apelación contra autos, que se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el **expediente al superior para que lo decida de plano.**

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso” (subrayado y negrilla fuera de texto).

### **3. Procedencia del rechazo *in limine* de la demanda en el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos**

El artículo 20 de la Ley 472 de 1998<sup>2</sup> establece en cuanto a la admisión de la demanda dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de la demanda o petición inicial, el juez competente se pronunciará sobre su admisión. También dispone que se inadmitirá la demanda que no cumpla con

<sup>2</sup>“Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

los requisitos señalados en la ley, precisando los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de tres (3) días. Si éste no lo hiciera, el juez la rechazará.

Luego, se puede concluir que la Ley 472 de 1998 no prevé en forma expresa las causales de rechazo *in limine* de la demanda, puesto que de acuerdo al artículo 20 de dicha normativa, solo se rechazará la demanda en el evento de que no se subsane la demanda.

No obstante, en la providencia de 12 de febrero de 2014, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, se indica respecto a la posibilidad de rechazar *in limine* la demanda en el trámite de las acciones populares, lo siguiente:

“La sala no puede pasar inadvertido que la causal de rechazo de la demanda que aplicó el tribunal administrativo *-a quo-* fue la prevista en el numeral 3 del artículo 169 del CPACA, en cuya virtud se rechazará la demanda “cuando el asunto no sea susceptible de control judicial””.

Al respecto conviene señalar que si bien es cierto que la ley 472 de 98 no prevé en forma expresa causales de rechazo *in limine* de la demanda, puesto que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de dicha normativa, el juez inadmitirá la demanda que no cumpla con los requisitos señalados en la ley, precisando los defectos de que adolezca, para que el demandante los subsane en el término de tres (3) días, y si no lo hiciera, deberá rechazarla, es decir, que en principio sólo procedería el rechazo simple de la demanda de la acción popular, no es menos cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la ley 472 del 1998 “en los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de procedimiento civil y del código contencioso administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda...”, por manera que la causal de rechazo de la demanda prevista en el nuevo estatuto de lo Contencioso Administrativo bien resulta aplicable al presente caso”<sup>3</sup>.

Ciertamente, en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998 se indica que en los aspectos no regulados en esa ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de las acciones populares, “...se aplicarán las disposiciones del

<sup>3</sup> Radicación nº 20001233300020130022101 (AP)

*Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda”.*

Luego, en el artículo 169 del CPACA se dispone que se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en varios casos, entre ellos “3. *Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial*”, rechazo que procede entonces *in limine* sin necesidad de que previamente sea inadmitida la demanda.

#### **4. El medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, su naturaleza**

La acción popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, reglamentada por la Ley 472 de 1998, tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio o un daño contingente por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando actúen en desarrollo de funciones administrativas.

El artículo 12 de la Ley 472 de 1998 señala el **carácter público** de la acción popular, pues autoriza a cualquier persona a ejercerla, sin necesidad de demostrar un interés particular y concreto. En efecto, *“el interés público que se presume al instaurar la acción popular resulta congruente con la defensa de los derechos e intereses colectivos, toda vez que, por su propia naturaleza, estos involucran intereses de toda la colectividad que no se radican ni se predicen de una persona en concreto. De otro lado, porque contrario a lo dispuesto para la acción de tutela, la reglamentación constitucional y legal de la acción popular no limita su procedencia cuando las pretensiones que buscan amparar un derecho o un interés colectivo pueden alegarse por intermedio de otros recursos de defensa judicial. En consecuencia, la acción popular no debe entenderse como un medio judicial subsidiario o residual*

sino como un instrumento procesal principal para la defensa de los derechos o intereses colectivos<sup>4</sup>” (Subrayado fuera de texto).

Bajo el mismo derrotero, la Corte Constitucional, en la sentencia C- 215 de 1999 observó la acción popular desde tres perspectivas (finalidad, naturaleza y carácter público) de la siguiente manera:

“(…) Finalidad: Dentro de los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, la Carta de 1991 elevó a canon constitucional: las denominadas acciones populares (art. 88, inciso primero, C.P.). Estos instrumentos buscan proteger esa categoría de derechos e intereses en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador. (...)

(…) Carácter público: El carácter público de las acciones populares, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés. (...)

(…) Naturaleza preventiva: Otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño (...).”

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los **supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes**, a saber: “a) *una acción u omisión de la parte demandada*, b) **un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana** y, c) *la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Quinta, Sentencia de 6 de mayo de 2004, C.P.: Darío Quiñones Pinilla. Expediente. 13001-23-31-000-2001-90059-01(AP)

*ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo. (...) En efecto, es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones”<sup>5</sup> (subrayado fuera de texto).*

## **5. Procedencia de la acción popular por hechos de naturaleza contractual**

La acción popular procede frente a los contratos estatales por dos causales, “una que es “concreta: los sobre costos, y por otra, genérica, las irregularidades provenientes de la contratación; precisar qué tipo de irregularidades se trata es tarea del juez”<sup>6</sup>.

Respecto a la procedencia de la acción popular en hechos de naturaleza contractual existe una clara tendencia mayoritaria en el Consejo de Estado<sup>7</sup> que admite la posibilidad de que **sí la existencia o la ejecución de contratos estatales amenaza o vulnera los derechos y los intereses colectivos, proceda la acción popular.**

El Consejo de Estado ha señalado que la celebración de contratos estatales puede afectar los derechos colectivos:

“Esto significa que cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Primera, Sentencia de 18 de abril de 2007, CP.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Exp.: 41001-23-31-000-2004-00425-01(AP)

<sup>6</sup> Ponencia elaborada por el Doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, Consejero de Estado, sobre las acciones populares y la validez de los contratos estatales, en el evento académico organizado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá agosto de 2003, p 14.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, en providencia de cinco (5) de agosto de 2004, CP.: María Elena Giraldo Gómez, Exp.: 70001-23-31-000-2004-0118-01(AP): “las acciones populares no pueden tener idéntico objeto procesal al de las acciones de controversias contractuales, precisión que no significa que las conductas de acción o de omisión en la actividad contractual no puedan ser la causa jurídica de amenaza o quebranto de los derechos e intereses colectivos”.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, CP: Ricardo Hoyos Duque y Exp.: 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518).

Ahora, de conformidad con el artículo 144 del C.P.A.C.A. **no es procedente que el juez popular anule el contrato o los actos administrativos**, sin perjuicio de que adopte las medidas necesarias **para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos**.

La Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011<sup>9</sup> se pronunció sobre la exequibilidad de esa disposición, resaltando, en esa oportunidad, que, dado su **carácter principal y preferencial, no puede subordinarse la procedencia de la acción popular al ejercicio de las acciones ordinarias y que el juicio de legalidad orientado a la declaración de nulidad de los actos y contratos no limita la competencia del juez popular para adoptar todas las medidas que sean necesarias para la protección eficaz de los derechos colectivos, sin necesidad de definir la validez del acto o contrato**, lo cual es una tarea propia y exclusiva de la autoridad judicial que tiene la competencia para ello.

Por consiguiente, cuando se trate de proteger un derecho o un interés colectivo amenazado o vulnerado por la celebración de un contrato estatal, cualquier persona estará legitimada para solicitar su protección mediante acción popular.

Luego, la acción popular procede respecto a hechos de naturaleza contractual cuando la existencia o la ejecución de un contrato estatal amenace o vulnere los derechos y los intereses colectivos, tales como la moralidad administrativa y el patrimonio público. Caso en el que el juez popular puede adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los mismos, sin que ello implique que pueda anular el contrato u acto administrativo, toda vez que las acciones populares no pueden tener idéntico objeto procesal al de las acciones de controversias contractuales.

---

<sup>9</sup> Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio:

## 6. La solución en el caso concreto

El material probatorio da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente acción en tal virtud se destaca lo siguiente

a. Copia de la escritura pública n° 980 de 21 de abril de 1997, donde se constituyó la **sociedad anónima por acciones**, denominada SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., otorgantes: Alcalde de Duitama, apoderado de SERAGUA S.A, apoderado de AQA ESP S.A, objeto: la sociedad tendrá como objeto principal la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en la ciudad de Duitama, de acuerdo con lo previsto den la Ley 142 de 1994 (f. 18 a 40).

b. Copia del registro mercantil de la empresa SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., expedido por la cámara de comercio de Duitama, en el que se indica que es una sociedad anónima, con matrícula n° 25268 de 19 de mayo de 1997, renovada en el 2019; en el que se indica que la escritura pública n° 980 de 21 de abril de 1997 fue registrada en la Cámara de Comercio bajo el número 5272 y se inscribe: *“la constitución de persona jurídica denominada SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A”*; duración de la persona jurídica *“hasta el 20 de abril de 2027”* (f. 42 a 44).

c. Copia de la sentencia expedida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP.: Martín Bermúdez Muñoz, del 8 de mayo de 2019, dentro del medio de control contractual, con número de radicado 15001233100019980145101 (39218), demandante; municipio de Duitama, demandado SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., mediante la cual se revocó la sentencia proferida el 19 de febrero de 2009, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio de la cual se declaró la nulidad del contrato suscrito el 21 de abril de 1997, dentro del proceso judicial adelantado por el municipio de Duitama contra SERA Q.A Duitama ESP. S.A, y en su lugar se rechazaron las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones (fs. 45 a 47):

“El contrato cuya nulidad impetro el municipio de Duitama en la demanda que dio origen al proceso, fue celebrado por el citado municipio y por el consorcio A.Q.A ESP SA; HEVI S.A e INTERDEVCO S.A.

En la medida en que quienes fueron parte en el contrato, son los miembros del consorcio conformado por las sociedades A.Q.A. ESP S.A; HEVI S.A e INTERDEVCO S.A., y la demanda no fue dirigida contra ellas, sino contra la persona jurídica conformada mediante el contrato de sociedad, resulta evidente que en este caso no se encuentra acreditado el presupuesto procesal de la legitimación en la causa por pasiva, lo que impone rechazar las pretensiones de la demanda.

Esta resolución debe adoptarse porque una decisión sobre la anulación de un contrato, sólo puede tomarse con la presencia procesal de quiénes fueron parte en el contrato, y en este caso es evidente que el municipio en vez de dirigir la demanda contra los miembros del consorcio AQA SERAGUA, que son quienes tienen la condición de parte en el contrato, la dirigió contra la nueva sociedad, conformada por ellos y por el propio municipio.

La sociedad SERA QA DUITAMA ESP S.A., es una persona jurídica distinta de sus socios y es evidente que el representante de dicha persona jurídica no tiene la condición de representante legal de quienes la conforman, los cuales debieron ser convocados en su condición de parte en el contrato, cuya nulidad se impetro en la demanda.

Advierte que no nos encontramos en un caso de indebida notificación del demandado, nos encontramos en un caso en el cual la demanda de nulidad de un contrato no se dirigió contra quienes fueron parte del mismo, y es esta razón la que impone revocar el fallo de primera instancia y rechazar las pretensiones de la demanda” (subrayado fuera de texto).

d. Petición dirigida al alcalde de Duitama y al **Consorcio AQUA SERAGUA S.A.**<sup>10</sup>, mediante la cual los actores populares piden que se observe la posibilidad de dar por terminado, de común acuerdo, el contrato de constitución de la empresa SERA Q.A. E.S.P. S.A., suscrito mediante escritura pública n° 980 de 1997 (f. 48 a 50).

Previo a abordar el problema jurídico planteado, se aprecia que los actores populares interpusieron en término el recurso de apelación en contra del auto que rechazó la demanda de la referencia, es decir, conforme a los artículos 243 y 244 del CPACA, razón por la que se decidirá de plano el citado recurso.

<sup>10</sup> El requisito de procedibilidad al parecer no se agotó respecto al municipio de Duitama y los miembros del consorcio A.Q.A ESP SA; HEVI S.A e INTERDEVCO S.A., sino respecto a la persona jurídica conformada mediante el contrato de sociedad.

Descendiendo al fondo del presente asunto, le compete a la Sala analizar la procedencia del rechazo de la demanda de la referencia, en los términos del numeral 3° del artículo 169 del CPACA, argumentando el a quo que el problema jurídico aquí planteado no es susceptible de control judicial a través del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, ya que su análisis depende del juicio de legalidad de unos actos administrativos y de un contrato de sociedad, concluyendo que los medios de control idóneos son los de controversias contractuales o el de nulidad.

Como se mencionó en las consideraciones, la acción popular no limita su procedencia cuando las pretensiones que buscan amparar un derecho o un interés colectivo pueden alegarse por intermedio de otros medios de defensa, comoquiera que la acción popular es un instrumento procesal principal y preferencial, más no subsidiario o residual, que no puede subordinar su procedencia al ejercicio de las acciones ordinarias.

En las consideraciones se concluyó que efectivamente, la acción popular procede respecto a hechos de naturaleza contractual cuando la existencia o la ejecución de un contrato estatal amenace o vulnere los derechos y los intereses colectivos, tales como la moralidad administrativa y el patrimonio público. Caso en el que el juez popular podrá adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los mismos, **sin que ello implique que pueda anular el contrato u acto administrativo o que pueda definir su validez (art. 144 CPACA)**, toda vez que las acciones populares no pueden tener idéntico objeto procesal al de las acciones de controversias contractuales.

Por consiguiente, cuando se trate de proteger un derecho o un interés colectivo amenazado o vulnerado - moralidad administrativa y patrimonio público- por la eventual ejecución de un contrato estatal – como es el caso del contrato de constitución de la empresa SERA Q.A. DUITAMA E.S.P S.A-, cualquier persona estará legitimada para solicitar su protección mediante la acción popular, como en el caso bajo estudio, de tal manera, que el medio de control

escogido por los accionantes es el idóneo para la protección de los derechos aludidos en el escrito de la demanda.

En el expediente está probado que los demandantes pretenden lo siguiente:

“Segunda: En consecuencia, ordenar que se suspenden los efectos del contrato de sociedad suscrito mediante escritura pública número 980 de 21 de abril de 1997... junto con sus actos administrativos previos, como son los acuerdos municipales 051 de 29 de diciembre del 95 y 042 de 96, expedidos por el Concejo Municipal de Duitama...

Tercera: También se solicita que se ordene la inaplicación total con efectos inter partes del contrato suscrito entre el municipio de Duitama y el consorcio AQUA SERAGUA suscrito mediante escritura pública número 980 de 1097... y por medio de la cual se creó la empresa SERA QA Duitama E.S.P. S.A., por todos los motivos expuestos...”

En esa línea, se puede concluir que no era procedente el rechazo de la demanda de la referencia, en los términos del numeral 3º del artículo 169 del CPACA, es decir, por no ser susceptible de control judicial a través del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, toda vez que a través de este medio de control se puede ventilar la pretensión enderezada a obtener la suspensión o inaplicación –que no la nulidad- del mencionado contrato estatal.

-Por otro lado, la Sala no puede pasar por alto que el *a quo* en la providencia apelada alega como sustento para rechazar la demanda, la presentación con anterioridad de la misma acción bajo el número de radicado 2019 – 112, que fue rechazada en ese momento por no haberse subsanado.

Sobre el particular, se debe precisar que la acción popular puede ser presentada en cualquier tiempo, siempre que subsistan las causas o amenazas de los derechos colectivos, no existiendo un término de caducidad para poder incoar la acción, y así lo establece el artículo 11 de la Ley 472 de 1998.

En consecuencia, se puede concluir que la presentación de la acción popular bajo el número de radicado 2019 – 112, que fue rechazada por no haberse

subsanado en su momento, no es obstáculo para que los actores populares puedan nuevamente presentar dicho medio de control, con el fin de que se protejan los citados derechos colectivos que estiman amenazados a los Duitamenses.

Con fundamento en estas consideraciones, se revocará el auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama el 27 de agosto de 2019, mediante el cual rechazó la demanda de acción popular, y en su lugar se ordenará al *a quo* que proceda a realizar su estudio de admisión y, de ser necesario ordene su corrección, en los términos del artículo 20 de la Ley 472 de 1998, comoquiera que efectivamente se aprecian en la demanda varias falencias (inconsistencias en las pretensiones y en el debido agotamiento del requisito de procedibilidad<sup>11</sup>), que tendrán que subsanar los actores populares, en caso de ser procedente.

Por las razones expuestas se,

## **RESUELVE**

**PRIMERO. REVOCAR** el auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama del 27 de agosto de 2019, mediante el cual se rechazó la demanda de la referencia, por las razones expuestas.

**SEGUNDO. ORDENAR** al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, que proceda a realizar el estudio de admisión de la demanda y, de ser necesario ordene su corrección, en los términos del artículo

---

<sup>11</sup> El requisito de procedibilidad al parecer no se agotó respecto al municipio de Duitama y los miembros del consorcio A.Q.A ESP SA; HEVI S.A e INTERDEVCO S.A., sino respecto a la persona jurídica conformada mediante el contrato de sociedad. Sentencia expedida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP.: Martín Bermúdez Muñoz, del 8 de mayo de 2019, dentro del medio de control contractual, con número de radicado 15001233100019980145101 (39218): “La sociedad SERA QA DUITAMA ESP S.A. es una persona jurídica distinta de sus socios y es evidente que el representante de dicha persona jurídica no tiene la condición de representante legal de quienes la conforman, los cuales debieron ser convocados en su condición de parte en el contrato, cuya nulidad se impetro en la demanda”.

20 de la Ley 472 de 1998, atendiendo para ello las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO.** En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sesión virtual de la Sala Segunda de Decisión de la fecha.

Notifíquese y Cúmplase

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA  
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ  
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO  
Magistrado

(Firmas corresponden al expediente 15238-33-33-001-2019-00147-01)