

MEDIOS DE CONTROL PARA REPARAR EL DAÑO CAUSADO POR LA CORRUPCIÓN: COMENTARIOS SOBRE SU EFICACIA

Alexandra Quintero Fajardo

<<el esquema procesal contencioso administrativo está lleno de celadas para las víctimas de los daños, que habrán de correr riesgos en más de una ocasión, con peligro para su reparación por un aspecto procesal que proviene de una encrucijada legal que se debe superar. En el entretanto, se estima que la jurisprudencia debe poner suma atención en el punto, y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal>>¹

RESUMEN

A través del presente escrito se identifican y caracterizan los distintos medios de control para lograr la reparación del daño que causa la corrupción. Así mismo se analiza la reciente sentencia proferida por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo respecto de la procedencia de las acciones populares para la protección del patrimonio público afectado por los actos de corrupción.

Palabras clave: Reparación del daño causado por la corrupción, medios de control, daños individuales, colectivos y sociales, acciones populares.

¹ Henao, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia, 1998.

Parece existir consenso mundial acerca de que la corrupción es una plaga insidiosa que genera consecuencias corrosivas para la sociedad y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Esta plaga está presente en todos los países —grandes, pequeños, ricos, pobres—, pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo, puesto que desvía los fondos destinados a la satisfacción de los servicios públicos, socava la capacidad de los estados para garantizar su prestación, alimenta la desigualdad y la injusticia, y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras². Así, la corrupción y la pobreza van de la mano y constituyen uno de los principales males de la sociedad moderna.

Aunque la corrupción se presenta en todos los sectores y ámbitos, es en el sector público, particularmente en la actividad contractual del Estado, en donde se presenta con mayor frecuencia, con un grave impacto para el crecimiento económico y el desarrollo de nuestros países.

Ante un acto de corrupción pueden identificarse víctimas individuales, colectivas (un grupo de personas o una comunidad a la que se le genera un daño) y sociales (la sociedad en general), y por lo tanto el daño que causa debe ser examinado en esa triple dimensión: individual, colectiva y social, según cada caso, pues de ello dependerán tanto las medidas de reparación que se puedan solicitar como la vía jurídica para obtenerlas³.

El daño social, que es el que genera mayor dificultad en su comprensión y reconocimiento, ha sido identificado por los instrumentos internacionales⁴ y por la doctrina⁵ como la forma de reparar los daños al interés público. Está vinculado al concepto de intereses difusos entendidos como bienes indivisibles que con frecuencia se confunden con intereses generales, o incluso intereses públicos⁶.

² Prefacio del Secretario General de Naciones Unidas a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 58/4 del 31 de octubre de 2003.

³ Corporación Transparencia por Colombia, Reparación de las víctimas de la corrupción en Colombia: Enfoque, exploración de ruta jurídica y elementos para una metodología de tasación, Bogotá, febrero de 2020.

⁴ Naciones Unidas, “Buenas prácticas en la identificación de las víctimas de la corrupción y parámetros para indemnizarlas”.

⁵ Corporación Transparencia por Colombia, ob. cit.

⁶ Sobre el concepto de intereses difusos pueden consultarse las investigaciones realizadas por el profesor Lorenzo M. Bujosa Vadell: “La protección jurisdiccional de los

El artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁷ establece la obligación de los estados de adoptar <<las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización>>.

La reparación de <<daños causados por la corrupción>> ha sido entendida como la adopción de una serie de medidas para garantizar los derechos vulnerados por un hecho de corrupción, transformando la situación o escenario que dio lugar a dicha vulneración. Estas medidas pueden ser de carácter material e inmaterial y conlleva el resarcimiento del daño causado, lo cual está orientado a restituir, indemnizar, satisfacer o rehabilitar y a promover medidas diferenciadas, de transformación política, económica, social y cultural⁸.

No todos los casos de corrupción generan todo tipo de daños. En muchos eventos puede considerarse que solo existe un daño individual. Todo dependerá del análisis particular del caso, y de lo que esté probado o no. No obstante, en los grandes casos de corrupción que afectan proyectos de infraestructura pública es difícil admitir que su frustración no tiene un impacto en la sociedad en general y en el crecimiento económico y bienestar de los administrados —que es el fin último de la contratación estatal—. En otros términos: si un proyecto de infraestructura pública tiene como propósito el cumplimiento de unas metas en términos del bienestar de la sociedad en general, y este beneficio puede ser medido, su frustración tiene que ser posible de estimación en los mismos términos⁹.

intereses de grupo”, Barcelona, Bosch, 1999 y Procesos colectivos, Palestra Editores, 2023. El Consejo de Estado ha acogido la distinción doctrinal entre *intereses o derechos difusos y los derechos colectivos, para precisar que aquellos son los que no están en cabeza de una asociación que los proteja, mientras los colectivos sí lo están*” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio).

⁷ Aprobada mediante la Ley 970 de 2005.

⁸ Corporación Transparencia por Colombia, Reparación del daño causado por la corrupción. Hoja de ruta para organizaciones de sociedad civil.

⁹ Sobre la forma de estimar el daño social, en la investigación dirigida por Luis Jorge Garay Salamanca para Transparencia por Colombia citada se estima que <<el cálculo y reparación del daño extrapatrimonial requerirá valoraciones de los efectos permanentes que se traducen en el consecuente nivel subóptimo de la tasa de retorno social, en comparación con el que se habría obtenido si el caso de corrupción no hubiera

Lo que no puede ser admisible es negar la existencia de dichos daños, o abstenerse de identificarlos y considerarlos, porque como bien lo advierte Gimeno Feliu, <<Un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto>>, de lo contrario <<se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos>>.

En el año 2022 fue expedida la Ley 2195 con la cual se buscó, en cumplimiento de los estándares internacionales, reconocer, en el ordenamiento jurídico colombiano, mecanismos para que los daños derivados de actos ilícitos que atenten contra derechos colectivos sean indemnizados, y los afectados por los actos de corrupción sean resarcidos¹⁰. Para este propósito se incluyó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la previsión de que el <<daño al patrimonio público puede ser resarcido a través de medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias>> que <<el juez deberá tener en cuenta para la tasación de los perjuicios el impacto en la sociedad del acto de corrupción>>, y que <<el daño al patrimonio público admite para su reparación el reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales siempre que estén acreditados>>¹¹ y consagró la posibilidad de imponer, adicional a los daños probados, sanciones a los responsables a título de daño punitivo¹².

La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha establecido un conjunto de mecanismos de control en función de la causa del daño. Así, si la causa es un hecho o una omisión administrativa el medio de control será

sucedido. Específicamente, se puede calcular un aproximado daño social definido como la diferencia entre la tasa de retorno social óptima esperada –expresada, por ejemplo, en potencial aumento del producto interno bruto (PIB) o de la renta media de la sociedad en conjunto– y la tasa de retorno social subóptima actual, a la que se llegó como resultado de la corrupción>>.

¹⁰ Informe de ponencia para primer debate del proyecto de Ley No. 341 de 2020 Senado “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”, Gaceta No. 186 del 25 de abril de 2016.

¹¹ Incisos 2 y 3 del artículo 59.

¹² Artículos 60 y 61 de la Ley 2195 de 2022.

el de reparación directa; si la causa es un contrato celebrado por una entidad estatal independientemente del régimen jurídico aplicable al contrato, el mecanismo será la acción contractual; si la causa es una sentencia de condena originada por el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal lo será la acción de repetición; y si se trata de la protección de los derechos e intereses colectivos lo serán las acciones populares¹³.

Tradicionalmente esos medios de control eran ejercidos por los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos afectados por el actuar del Estado. En la actualidad, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene un nuevo e importante papel, ya que no puede ser considerada solo como el escenario en el que se discuten las controversias entre el individuo – Estado, en las que el individuo tiene la posición de víctima, sino que también es el escenario donde se resuelven las controversias en las que el Estado o la sociedad en su conjunto tienen esa posición, convirtiéndose también en la jurisdicción especializada para garantizar la protección del patrimonio público. Esto implica una transformación: de resolver conflictos en los que los particulares se presentan como víctimas, pasa, también, a ser garante de los derechos individuales o colectivos de las entidades públicas y de la colectividad.

En el presente escrito pretendo hacer una identificación y descripción de los medios procesales previstos en nuestro ordenamiento jurídico para reparar el daño que causa la corrupción en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (excluyo la posibilidad de reparación de estos daños en el proceso penal y el proceso civil ordinario), a la luz de la ley expedida recientemente y mediante una lectura crítica de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, con el firme convencimiento de que solo si se cuenta con mecanismos eficaces que permitan reparar el daño es posible evitar que estas conductas continúen presentándose.

¹³ A diferencia de otros ordenamientos como el francés o el español, que contemplan un solo mecanismo para la reparación del daño, como sostiene el profesor Juan Carlos Henao, en el <<derecho colombiano hay varias acciones para obtener la reparación del daño producido por la administración, dependiendo de cuál haya sido la causa del mismo>>. En el derecho francés, la acción mediante la cual se busca la reparación del daño no tiene en cuenta ni la naturaleza de las pretensiones del demandante ni la causa del daño, por lo que <<con independencia de que el demandante solicite o no la anulación de un acto administrativo, o el restablecimiento de un derecho, o la indemnización dineraria, etc., el juez tiene la facultad de disponer la reparación del daño sufrido>>. Esta multiplicidad de acciones, precisa, <<genera una inestabilidad jurídica en desmedro del derecho sustancial y de los derechos de la propia víctima>>.

1. MULTIPLICIDAD DE MEDIOS PARA LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA CORRUPCIÓN

1.1 El medio de control de controversias contractuales y el de nulidad y restablecimiento del derecho frente al acto de adjudicación

El medio de control de controversias contractuales¹⁴ es el mecanismo que pueden ejercer las partes que han celebrado un contrato estatal con el objeto de que se declare su existencia, nulidad, incumplimiento, se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, se condene al pago de perjuicios individuales consecuenciales a dichas declaraciones, y se ordene la liquidación judicial.

Se trata de un medio de control multipropósito que encierra todas las controversias que puedan derivarse de la celebración de un contrato, pero a través suyo sólo pueden plantearse pretensiones de carácter individual. Por esta razón, las posibilidades de reparación del daño derivado de la corrupción están limitadas a perjuicios de este tipo, y no a perjuicios colectivos o sociales.

Aunque es un mecanismo cuya titularidad corresponde solo a las partes, excepcionalmente puede ser ejercido por el ministerio público o por un tercero con interés directo cuando se trata de pretender la nulidad absoluta del contrato.

Este es el medio de control para pretender la nulidad absoluta del contrato (ningún otro), que es la consecuencia legal que, según la ley y la jurisprudencia, debe aplicarse cuando se celebra un contrato mediante actos de corrupción, pues se estima que en esos casos el negocio jurídico adolece de objeto y causa ilícitas, y está afectado por desvío o abuso de poder¹⁵, consecuencia que es criticada por un sector de la doctrina que considera que el remedio (la terminación anticipada del contrato) es más grave que la enfermedad por las graves consecuencias que la frustración del proyecto trae para el interés público¹⁶.

¹⁴ Artículo 141 del CPACA.

¹⁵ Vgr., la decisión de nulidad adoptada en el laudo arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

¹⁶ En efecto, un sector de la doctrina se duele de los <<efectos catastróficos y los impactos profundos>> que la declaratoria de nulidad trae para los proyectos de

Las consecuencias de la nulidad —tratándose de contratos estatales— están previstas en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, norma que no consagra el reconocimiento de perjuicios, sino que implica el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la terminación, que en el caso de la nulidad por objeto y causa ilícita sólo tendrán lugar si la entidad se ha beneficiado de dichas prestaciones, esto es, si hubieren servido para satisfacer el interés público. En relación con los contratos de asociación público privada, las consecuencias están determinadas por el artículo 20 de la Ley 1882 que modificó el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 y la Sentencia C-207 de 2019 que revisó su constitucionalidad, y prevé la protección de los terceros de buena fe y la imposición de una pena cuando la nulidad obedezca a la <<existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato>>.

La Ley 2195 de 2022 adicionó una norma al CPACA (artículo 187) para precisar que <<cuando la sentencia sea declaratoria de responsabilidad en los medios de control de reparación directa y controversias contractuales y el daño haya sido causado por un acto de corrupción, el juez deberá imponer, adicional al daño probado en el proceso, multa al responsable hasta de mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la cual atenderá a la gravedad de la conducta, el grado de participación del demandado y su capacidad económica>>, posibilidad que, en mi criterio, dado el carácter de medio de control cuya titularidad corresponde solo a las partes en el contrato, y las específicas consecuencias previstas para la nulidad de los contratos (restituciones mutuas), no permite la posibilidad de reconocer daños colectivos o sociales, y se limita a la imposición de una multa a título de daño punitivo.

Finalmente, cuando el acto de corrupción afecta la adjudicación del contrato (en el caso de sobornos o acuerdos para favorecer a un adjudicatario), el proponente vencido tiene a su disposición el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pero en ese caso solo podrá reclamar los perjuicios individuales que la adjudicación ilegal le causó, representados en la utilidad que esperaba recibir del contrato de haberle sido adjudicado.

infraestructura pública y cuestiona la nulidad por objeto y causa ilícita en estos casos, diferenciando entre “contratos por la corrupción” y “para la corrupción” para señalar que sólo estos últimos serían nulos por tratarse la corrupción del fin perseguido por el acuerdo de voluntades (Vr. María Teresa Palacio Jaramillo, Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción. Universidad de los Andes).

1.2 Medio de control de reparación directa

Hasta antes de la expedición de la Ley 446 de 1998 que reformó el Código Contencioso Administrativo, el medio de control de reparación directa estaba solo encaminado a lograr la declaratoria de responsabilidad del estado cuando se hubiese causado un daño antijurídico a un particular si el daño era causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública. En dicha reforma legislativa se previó que este mecanismo también podría ser ejercido por las entidades públicas cuando eran estas las víctimas como consecuencia de la actuación de los particulares o de otra entidad pública.

Esta posibilidad fue reproducida por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el cual se establece que las entidades públicas podrán ejercer este mecanismo <<cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública>>¹⁷.

En los eventos de daños causados por la corrupción, este medio de control podrá ser ejercido por las entidades públicas cuando la causa del daño no esté directamente en la celebración de un contrato, sino en un hecho, una omisión u operación administrativa, y para reclamar los perjuicios individuales (esto es, los causados directamente a la entidad pública) que dicha actuación le cause.

En atención a lo dispuesto por el artículo 187 de la Ley 2195 de 2022 en estos casos, adicional al daño probado, el juez deberá imponer la multa hasta por 1.000 salarios mínimos. Al igual que con la acción de controversias contractuales, los daños que pueden ser reparados a través de ese medio son daños individuales (cuya titularidad corresponda a la entidad pública), y no resulta fácil a través de este medio obtener la reparación de daños colectivos o sociales.

1.3 Reparación directa especial prevista por el artículo 59 de la Ley 2195 de 2022

El artículo 59 de la Ley 2195 de 2022 extendió el objeto de la reparación directa a la posibilidad de reclamar a través de su ejercicio la declaratoria de responsabilidad extracontractual de los particulares <<que ejerzan función

¹⁷ Inciso tercero del artículo 140 del CPACA.

administrativa y los servidores públicos>> cuando por <<actos de corrupción lesionen los intereses individuales del Estado por daño al patrimonio público>>.

No se trata del ejercicio del medio de control de reparación directa por parte de las entidades públicas para obtener la reparación del daño causado por los particulares, como lo prevé el inciso 3 del artículo 140 del CPACA (al que me referí en el numeral anterior), sino de la posibilidad de reclamar el reconocimiento de daños individuales sufridos por las entidades públicas por el actuar de sus agentes (servidores públicos o particulares que ejercen funciones administrativas).

Existe para este medio una especial calificación en quien puede ser sujeto pasivo, pues este mecanismo no puede ser ejercido frente a cualquier particular que celebra un contrato con el Estado o que tiene cualquier tipo de vinculación de derecho público, sino sólo en aquellos casos en los que los particulares cumplen funciones administrativas¹⁸ en los determinados eventos que autoriza la ley (art. 210 de la C.P.), bajo la vigilancia o el control estatal, y mediante un régimen jurídico especial.

Se trata de un mecanismo que puede ser utilizado, por ejemplo, en casos de corrupción administrativa o judicial para recuperar el daño al patrimonio público sufrido cuando los agentes estatales acceden a reconocimientos como producto de dádivas o sobornos a favor de los particulares contenidos en actos administrativos o sentencias. Este medio de control no puede confundirse con el medio de control de repetición, que puede ser ejercido (también en defensa del patrimonio público) cuando se ha dado lugar a una condena a cargo del Estado como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.

La ley impone a las entidades públicas la obligación de ejercer el medio de control¹⁹, sin necesidad de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, y también legítima para su ejercicio a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

¹⁸ Para precisar el concepto de función administrativa, resulta útil la definición dada por Alberto Montaña Plata según la cual se trata de <<un conjunto de actividades particulares, disímiles entre sí, pero diversas de aquellas generales del estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del Estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico superior>>.

¹⁹ Dispone el inciso 2 del artículo 59 que la entidad pública lesionada <<deberá interponer el medio de control de reparación directa>>.

1.4 Acción de repetición

Este medio podrá ser ejercido por el Estado para la recuperación de lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de conflictos impuesta a su cargo como consecuencia de la actuación dolosa o gravemente culposa de sus agentes²⁰. Este mecanismo ha sido tradicionalmente vinculado a la reparación del daño sufrido por la corrupción, toda vez que esta implica la realización de conductas dolosas de los agentes estatales que causan daños a los particulares. Cuando como consecuencia de dichos actos hay lugar a una condena, las entidades estatales pueden repetir contra el agente estatal para recuperar lo pagado como consecuencia de su actuación irregular. Fue modificado en varios aspectos procesales por la Ley 2195 de 2022 para facilitar y promover su ejercicio.

1.5 Las acciones populares

La Constitución de 1991²¹ elevó a rango constitucional las acciones populares que de tiempo atrás existían en el sistema jurídico colombiano²² como medios de defensa de derechos e intereses colectivos.

Este mecanismo procesal se ejerce para <<evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible>>²³, ante toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos²⁴.

Están legitimadas para su ejercicio toda persona natural o jurídica, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar, las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia y, en general,

²⁰ Artículo 142 del CPACA.

²¹ Artículo 88.

²² Artículos 1005, 2359 y 2360.

²³ Inciso segundo del artículo 2 de la Ley 474 de 1998.

²⁴ Artículo 9 de la Ley 472 de 1998.

los servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses²⁵.

Se trata de una acción autónoma, que no está supeditada al ejercicio previo de otros mecanismos de defensa judicial, y su procedencia está determinada por la finalidad que se persigue a través de ésta: la protección de los derechos e intereses colectivos.

Tiene un carácter preventivo y restitutorio. El carácter preventivo significa, en términos de la Corte Constitucional, <<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>>, lo que se explica en que busca precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y por lo tanto no puede esperar hasta la ocurrencia del daño²⁶. El carácter restitutorio significa que busca <<el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos>>²⁷.

El juez de la acción popular está investido de amplias facultades para lograr su propósito: puede impartir órdenes de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible²⁸.

El carácter preventivo de la acción popular no implica que a través de ésta no puedan impartirse condenas de tipo patrimonial, especialmente cuando se trata de la protección de los derechos colectivos cuya violación o desconocimiento ya se ha concretado. Por el contrario, esta posibilidad existe desde la misma expedición de la Ley 472 de 1998 y realiza su carácter restitutorio, punto sobre el cual la Corte Constitucional ha precisado:

<<Ahora bien, el carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente la orden judicial de restablecer cuando ello fuere físicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la

²⁵ Artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

²⁶ Sentencia C-459 de 2004.

²⁷ Sentencia C-459 de 2004.

²⁸ Inciso primero del artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

violación del derecho. *El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento*, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si, al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aún cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario.>>²⁹

Con el único propósito de resaltar el carácter restitutorio de las acciones populares en el punto específico que interesa a esta investigación, que es la reparación de daño causado por la corrupción, resulta importante destacar el contenido del inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998 (norma derogada)³⁰, en el que se establecía que cuando se tratara de <<sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, respondería patrimonialmente el representante legal de la entidad contratante y el contratista, en forma solidaria con quienes concurrieran al hecho>>.

Esta norma fue demandada en dos oportunidades ante la Corte Constitucional, y en una de éstas (mediante sentencia C-088 de 2000) se precisó que la regla legal no resultaba contraria a la Constitución, y que por el contrario realizaba los principios de la función administrativa y el principio de solidaridad en cuanto estaba encaminada a la protección del patrimonio público al consagrar un instrumento que propendía <<por la recuperación de los dineros del presupuesto público que terminan en los bolsillos de los servidores públicos o de los particulares, amén de irregularidades en el proceso de contratación que son resultados de sus acciones y omisiones antijurídicas>>. Agregó la Corte que la regla se justificaba en cuanto resultaba necesaria la adopción por parte del legislador de mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.

²⁹ Sentencia C-215 de 1999.

³⁰ Los incentivos en las acciones populares fueron eliminados mediante la Ley 1425 de 2010 porque esta medida, que fue concebida como una manera de fomentar la participación ciudadana en beneficio de la protección de los derechos colectivos, terminó generando un uso abusivo y desproporcionado de las acciones populares con fines de lucro personal, lo que causó, a la postre, un aumento de los gastos de defensa de las entidades públicas que terminaron destinando altos recursos para la atención de dichas acciones.

Toda vez que las acciones populares fueron previstas como mecanismos celeres de protección, el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 previó que la condena al pago de los perjuicios se haría <<in genere>>, y se liquidaría mediante incidente posterior, con el objeto de que entre tanto se diera cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Esta disposición legal, que ha sido entendida recientemente por la jurisprudencia³¹ como una obligación y no como una facultad, pareciera no tener hoy en día una justificación válida en la medida que las acciones populares no han mostrado ser un mecanismo rápido de protección, por lo que nada impediría que el juez, al advertir desde el inicio del proceso una situación de vulneración que implique la adopción de medidas de reparación del daño colectivo, realice las actividades probatorias encaminadas a su demostración, posibilidad que propendería por la efectividad del mecanismo.

Ahora bien, la Ley 2195 de 2022 vino a reforzar la competencia del juez de la acción popular para ordenar la reparación de los daños causados por la corrupción al adicionar un artículo a la Ley 472 de 1998 (el artículo 34 A), según el cual <<En los casos en que la amenaza o vulneración al derecho colectivo hayan sido producto de un acto de corrupción que causare un daño al patrimonio público, el juez en la sentencia deberá imponer, adicional al daño probado en el proceso, una multa al responsable de hasta mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la cual atenderá a la gravedad de la conducta, el grado de participación del demandado y su capacidad económica>>, norma que adicionalmente puede ser entendida como una derogatoria tácita de la regla original contenida en el artículo 34 sobre la obligatoriedad de adelantar el incidente de regulación, pues esta disposición normativa autoriza la condena en perjuicios en la sentencia, y no mediante un incidente posterior.

Parece indiscutible que un acto de corrupción constituye, en la mayoría de los casos, un caso de violación a los derechos colectivos al patrimonio público, a la moralidad administrativa y a la prestación eficiente de los servicios públicos que es el fin último de la contratación estatal, y que las acciones populares son el mecanismo adecuado con el que cuentan las entidades públicas, los ciudadanos o la sociedad civil para lograr la reparación del daño que causa, particularmente en su dimensión colectiva y social.

³¹ En la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de julio de 2023, a la cual me referiré más adelante.

Es claro que a través de este mecanismo no es posible sustituir los otros mecanismos legales de protección de derechos individuales (particularmente no es posible declarar la nulidad de un contrato o un acto administrativo), pero sí es posible suspenderlos y adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar los derechos colectivos³².

1.6 Proceso de responsabilidad fiscal

Aunque el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional, es un medio procesal establecido para determinar y reparar el daño al patrimonio público cuando este ha sido causado por la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de los servidores públicos o los particulares que ejercen gestión fiscal³³, por lo que el proceso de responsabilidad constituye un medio de reparación por fuera del proceso jurisdiccional.

La Ley 2195 de 2022 extendió la responsabilidad fiscal a los particulares que, sin ser gestores fiscales, participaran, concurrieran, incidieran o contribuyeran directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público; no obstante, esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-438 de 2022³⁴.

Así las cosas, el proceso de responsabilidad fiscal es un medio procesal para obtener la reparación de los daños causados por actos de corrupción que tiene un sujeto pasivo especialmente cualificado, pues solo puede ser ejercido frente a los servidores públicos o particulares que ejercen gestión fiscal en los términos de la Ley 610 de 2000.

³² Posibilidad que está legalmente prevista en la actualidad en el inciso segundo del artículo 144 del CPACA en el que se dispone: <<Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.>>

³³ Artículos 1 y 4 de la Ley 610 de 2000.

³⁴ Preciso la Corte Constitucional en la sentencia C-438 de 2022, reiterando una consolidada línea jurisprudencial, que el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 era inconstitucional en tanto introducía <<en el ordenamiento jurídico un ingrediente normativo que no tiene sustento en la Constitución Política de 1991>> como es la atribución a las Contralorías de competencia para deducir responsabilidad fiscal de los particulares que, sin realizar gestión fiscal, lesionan o dañan el patrimonio público. Preciso que la protección de los bienes públicos que pretendía la norma <<ya ha sido contemplada en otros escenarios del sistema judicial colombiano>>.

2. LA SENTENCIA DEL 27 DE JULIO DE 2023 PROFERIDA POR LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL CASO DE LA RUTA DEL SOL: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA EL ESTUDIO DE LOS DAÑOS QUE CAUSA LA CORRUPCIÓN

Con ocasión de los hechos de corrupción revelados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en el año 2016 por parte de Odebrecht en varios países de América, en Colombia se conoció que esta multinacional había pagado sobornos para la adjudicación del contrato de concesión para la construcción y operación de la Ruta del Sol II. Estos hechos generaron que la entidad contratante presentara demanda de reconvención ante un tribunal arbitral que había sido convocado de tiempo atrás por la concesionaria, en el que solicitó declarar la nulidad absoluta del contrato y de las convenciones modificatorias por objeto ilícito.

En forma casi simultánea la Procuraduría General de la Nación interpuso una acción popular en la que solicitó se ampararan los derechos colectivos vulnerados como consecuencia de los actos de corrupción y solicitó se ordenara a las entidades públicas adoptar las medidas para garantizar el servicio público en forma tal que se evitaran mayores costos sociales y económicos, y se mitigara el riesgo de paralización o suspensión de la obra. Se trató de una demanda con múltiples y variadas pretensiones que incluyó las de declaratoria de responsabilidad de la contratista y sus integrantes por los daños que estas conductas pudieran llegar a generar.

Mediante sentencia del 6 de diciembre de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la Procuraduría. Declaró la suspensión definitiva de los efectos del contrato y sus modificatorios, declaró responsable de la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna, y a la libre competencia económica a la sociedad contratista, a sus socios, a los servidores públicos y representantes legales, y a la ANI, condenó al pago de los perjuicios causados por la violación a los derechos colectivos y sancionó con inhabilidad a la contratista, entre otras.

La condena en perjuicios, que es lo que interesa a este estudio, estuvo integrada por el valor de los sobornos (valores reportados en las denuncias), el

perjuicio derivado de haberse adjudicado el contrato a la oferta más costosa, el valor de los gastos en que incurrió la entidad para dar continuidad a la obra y atender la vía mientras se adelantó la licitación del nuevo proyecto, el costo estimado de la estructuración del nuevo proyecto y los perjuicios por el rezago en el ritmo de inversión, por el retraso en la entrega de las obras y la tardía reversión de la concesión.

Estas condenas se fundamentaron en un informe rendido por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) por solicitud del tribunal, en algunas pruebas documentales provenientes del Invías, y en un informe de Fedesarrollo sobre los daños generados por la falta de infraestructura.

Mientras se tramitaban los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia de acción popular, el tribunal de arbitramento profirió laudo arbitral en el que declaró la nulidad del contrato por objeto y causa ilícita y desviación de poder.

Mediante sentencia del 27 de julio de 2023, la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió en pleno³⁵, por importancia jurídica, los recursos de apelación presentados contra la sentencia de primera instancia. Confirmó la declaratoria de vulneración a la moralidad administrativa y al patrimonio público, y las obligaciones de hacer (preventivas) que habían sido ordenadas en la sentencia de primera instancia, revocó la orden de suspensión definitiva del contrato, la imposición de la inhabilidad y la condena al pago de los perjuicios.

Para adoptar esta decisión se ocupó preponderantemente de cuestionar las competencias del juez de la acción popular para declarar la nulidad del contrato —o la suspensión definitiva (decisión que en esencia correspondía a lo mismo) — para señalar que el juez de la acción popular no tenía esas facultades y que constituía un exceso de competencia. No obstante, ese

³⁵ Los magistrados María Adriana Marín y Jaime Rodríguez Navas aclararon su voto. La primera manifestó no estar de acuerdo con <<las restricciones al juez popular, en pro del juez del contrato>>, toda vez que no existía impedimento legal para que el juez de la acción popular dispusiera la suspensión del contrato cuando ello fuera necesario para la protección de los derechos colectivos. Indicó que ni al juez contractual le es dado proteger los derechos e intereses colectivos, ni el juez popular puede resguardar la simple legalidad: <<Cada uno debe actuar en el marco de sus competencias>> y advirtió que <<no se puede restringir excesivamente las competencias del juez popular, so pena de generar un desequilibrio que desproteja no sólo a la comunidad, sino a sus intereses y derechos colectivos>>. En similar sentido se expresó el magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas, quien consideró que las limitaciones al juez de la acción popular eran opuestas a lo consagrado en la sentencia de unificación del 13 de febrero de 2018 proferida por la Sala Plena.

asunto —que generó tanto escozor en la comunidad jurídica— era inane porque, para cuando se dictó la sentencia del tribunal (diciembre de 2018), y, más aún, en el año 2023, cuando el Consejo de Estado resolvió la apelación, el contrato había terminado por acuerdo entre las partes como consecuencia de una medida cautelar ordenada por la Superintendencia de Industria y Comercio desde el año 201736.

La decisión sobre nulidad del contrato —que fue ordenada por el tribunal de arbitramento— era necesaria por parte del juez del contrato no para que el vínculo contractual espurio dejara de producir efectos, que no los producía hace mucho tiempo, sino para resolver sobre las consecuencias económicas derivadas de la nulidad, que fue lo que dispuso concretamente el tribunal de arbitramento.

En el punto de la condena en perjuicios, el Consejo de Estado resaltó que los perjuicios a los que se había condenado en la sentencia de primera instancia (derivados de la no ejecución de la obra), no correspondían a los daños a un interés colectivo, sino que correspondían a perjuicios derivados de la nulidad del contrato sobre los cuales debía pronunciarse el juez del contrato, y consideró —en contra de lo dispuesto expresamente por el tribunal de arbitramento³⁷— que el tribunal arbitral había ordenado dichos perjuicios al disponer la nulidad y las condenas consecuenciales a esta.

Lo que el tribunal de arbitramento dispuso como consecuencia de la nulidad del contrato fue la aplicación de los artículos 46 de la Ley 80 de 1993 y 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019, absteniéndose de reconocer sumas que no estuvieran debidamente soportadas en la contabilidad por estar relacionadas con los sobornos, lo que no implicaba el reconocimiento de los daños sufridos por el Estado como consecuencia de la no ejecución de la obra pública, y mucho menos el reconocimiento de los daños sociales causados por los actos de corrupción, que era lo que le correspondía hacer al juez de la acción popular.

³⁶ Conocidos los actos de corrupción, la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante auto del 16 de febrero de 2017, ordenó a la ANI dar por terminado el Contrato de Concesión. Entre las partes se suscribió un acuerdo de terminación el 22 de febrero de 2017.

³⁷ El Tribunal de arbitramento señaló: <<la fórmula de la Ley 1882 no admite ningún tipo de depuración distinta de la que deriva de los elementos en ella previstos y, en consecuencia, en este laudo no puede haber pronunciamiento alguno respecto de los perjuicios sufridos por las partes como consecuencia de la terminación del contrato y de su declaratoria de nulidad>>, y que en dicho proceso no se contaba <<con una prueba cierta sobre el verdadero alcance de los perjuicios sufridos por la ANI>>.

También precisó que por la misma causa la ANI había presentado una acción de reparación directa (aunque no examina los daños reclamados en ese medio de control) y que no podía dar aplicación al artículo 60 de la Ley 2195 de 2022 que faculta al juez de la acción popular para imponer una condena patrimonial al responsable de actos de corrupción, porque dicha norma no estaba vigente en el momento de ocurrencia de los hechos materia de esta acción popular, y resaltó la función eminentemente preventiva de las acciones populares.

Cuestionó el hecho de no haberse adelantando el incidente que consagra la ley para liquidar los perjuicios, aspecto que el tribunal había estimado innecesario por la urgencia y relevancia del caso, trámite que según el alto tribunal era obligatorio en atención a lo dispuesto literalmente por el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 472 de 1998. Es evidente que los jueces, por más importantes y relevantes que sean los asuntos, no pueden dejar de cumplir con el principio básico de encontrar demostrados los perjuicios para proceder a su reconocimiento, punto en el cual el tribunal efectivamente se excedió; no obstante, el juez de segunda instancia bien habría podido revocar las condenas por falta de prueba de los perjuicios para ordenarle al tribunal que adelantara el incidente que debía tramitar para subsanar las deficiencias probatorias y determinar —si ello era posible— la cuantía de la reparación, fijando los criterios que debían seguirse para la liquidación.

La sentencia se abstuvo en absoluto de hacer una valoración de los daños causados por los actos de corrupción (que habían sido reclamados por la Procuraduría y señalados por la ANDJE), negando su existencia y señalando que todos estos asuntos eran del resorte del juez del contrato —que tampoco los ordenó—, con lo cual se negó toda posibilidad de impartir una protección eficaz al patrimonio público.

En esta decisión, el Consejo de Estado perdió una valiosa oportunidad para evaluar la existencia de perjuicios derivados de los actos de corrupción desde su ámbito colectivo y social. Toda vez que la sentencia fue dictada por importancia jurídica, tiene el carácter de sentencia de unificación en atención a lo establecido por el artículo 270 del CPACA, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la acató y dio por terminada una acción popular presentada por la Procuraduría General de la Nación en el caso del contrato de aporte suscrito entre el Fondo Único TIC y la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020, por improcedencia del medio de control y por pérdida de competencia. Esta decisión, aunque fue apelada, no fue revisada por el Consejo de Estado porque en las acciones populares el recurso de apelación está limitado a la sentencia.

3. CONCLUSIONES.

1. Es evidente que la multiplicidad de medios de control para lograr la reparación del daño que causa la corrupción dificulta en gran medida su eficacia. Ante esta realidad, resulta fundamental que las entidades públicas, la sociedad civil y los jueces tengan claridad sobre la finalidad de cada mecanismo, lo que puede pretenderse y la forma como debe plantearse, pues solo de este modo es posible imponer las consecuencias que genera un acto de corrupción.
2. Se requiere, para este propósito, de una actuación comprometida del litigante para demostrar su pretensión, y una postura abierta y garantista del juez, que comprenda la dificultad probatoria y emprenda el reto de garantizar efectivamente el patrimonio público impartiendo medidas adecuadas para su protección.
3. Es necesario tener claro que en estos eventos las entidades públicas no son las llamadas a responder. Son los agentes estatales y los particulares que realizan los actos de corrupción quienes tienen la vocación de ser demandados.
4. Se espera que en un futuro nuestra jurisprudencia contencioso administrativa revise las últimas decisiones adoptadas, con el objeto de reivindicar el papel de las acciones populares en este importante asunto, las cuales, desde la estructura constitucional y legal, fueron concebidas como el mecanismo adecuado para la protección del patrimonio público.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revista:

- BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho procesal administrativo, Señal Editora, octava edición, Medellín, 2015.
- CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, Reparación de las víctimas de la corrupción en Colombia: Enfoque, exploración de ruta jurídica y elementos para una metodología de tasación, 2020, tomado de: <https://transparenciacolombia.org.co/publicaciones/>
- CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, Reparación del daño causado por la corrupción, Hoja de ruta para organizaciones de sociedad civil, 2020, tomado de: <https://transparenciacolombia.org.co/publicaciones/>

- BUJOSA VADELL, Lorenzo M, Procesos colectivos, Palestra Editores, primera edición digital, Lima, 2023.
- GIMENO FELIU, José María, El necesario Big-Bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control. Revista Internacional Transparencia e Integridad N 2 Septiembre-Diciembre 2016, tomado de <http://revistainternacionaltransparencia.org/>
- HENAO, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- MONTAÑA PLATA, Alberto. Fundamentos de Derecho administrativo [e-book]. Universidad Externado de Colombia, Tomado de: <https://www-bibliotecaebook-com.basesbiblioteca.uexternado.edu.co>, 2010.
- NEWMAN PONT, VIVIAN, Los jueces y el daño que sufrimos por la corrupción. Columna de opinión publicada en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/los-jueces-y-el-dano-que-sufrimos-por-la-corrupcion>, 2023.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Capítulo 4: Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción. Universidad de los Andes, 2020.

Antecedentes de ley e instrumentos internacionales:

- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Buenas prácticas en la identificación de las víctimas de la corrupción y parámetros para indemnizarlas”, Nota de la Secretaría, CAC/COSP/2017/11.
- GACETA DEL CONGRESO – SENADO Y CÁMARA No. 186 del 25 de abril de 2016. Informe de Ponencia para Primer Debate en Comisión Primera del Senado de la República al Proyecto de Ley No. 341 de 2020 Senado.

Sentencias

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999, Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 459 del 11 de mayo de 2004, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

- Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, Laudo arbitral proferido el 6 de agosto de 2019.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 438 del 30 de noviembre de 2022, M.P., Jorge Enrique Ibáñez Najjar.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2023, exp 25000234100020170008302 (64048), M.P. Martín Bermúdez Muñoz.
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – Sección Primera- Subsección A, auto del 28 de septiembre de 2023. exp 25000234100020210077900, M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.