

LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS FRENTE A LA ANULACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UNA PROPUESTA DE DESAPARECIMIENTO DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL¹

Ciro Nolberto Güechá Medina²

Fecha de recepción: 1.10.07

Fecha de aceptación: 30.11.07

Evaluado por:
Fredy Ibarra Martínez

Resumen

Las acciones contencioso administrativas constituyen el medio idóneo para el control de legalidad de los actos de la administración, entre ellos los contratos administrativos; en estas circunstancias, el análisis que se hace en el presente artículo tiene que ver con la forma de cómo opera el control de legalidad de los contratos administrativos, a través de las diversas acciones, como son la acción de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual, cada una desde el ámbito de su naturaleza.

Se hace un estudio tanto de los contratos administrativos como de las acciones, para concluir, que en nuestro ordenamiento jurídico es viable proponer la supresión de la acción contractual para que el control de legalidad de los contratos administrativos y en general de los actos dictados en el procedimiento de contratación, se haga a través de las acciones de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

Palabras claves

Acto, contrato, acción, control, legalidad, procedimiento, acto precontractual, acciones de legalidad, acción contractual.

¹ Avance de investigación, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja - Colombia; "Responsabilidad Contractual del Estado por Actos de Corrupción".

² Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja - Colombia; Abogado Especializado en Derecho Administrativo; Magister en Derecho Procesal; Magister en Derecho Administrativo; postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca, España y Doctorando en Derecho Administrativo. cguecho@ustatunja.edu.co

Summary

The actions contentious office workers constitute the suitable means for the control of legality of the acts of the administration, among them the administrative contracts; in these circumstances, the analysis that is made article presently has to do with the form of how it operates the control of legality of the administrative contracts, through the diverse actions, like they are the action of nullity, nullity and reestablishment of the right and the contractual action, each one from the environment of its nature.

A study so much of the administrative contracts is made as of the actions, to conclude that is viable to propose the suppression of the contractual action in our juridical classification, so that the control of legality of the administrative contracts and in general of the acts dictated in the recruiting procedure, be made through the actions of simple nullity and nullity and reestablishment of the right.

Key words

Act, contract, action, control, legality, procedure, precontractual act, actions of legality, contractual action.

Introducción

El control de legalidad de los actos dictados dentro del procedimiento administrativo de contratación ha merecido especial atención, principalmente en lo referente al contrato administrativo, por la controversia que ha existido en la naturaleza del mismo; es así que parte de la doctrina lo considera como acto administrativo, otra parte le da el carácter de acto jurídico y alguna tendencia existe en determinarlo como simple acto de la administración.

Las anteriores argumentaciones permiten el análisis referido a cómo opera el control de legalidad de los contratos administrativos y en general de los actos dictados dentro del

procedimiento de contratación. Para ello se estudiarán cada una de las acciones involucradas en el control, como son la acción de simple nulidad, la de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual, que hasta ahora ha jugado un papel bien importante en el control de legalidad de los contratos administrativos.

El artículo pretende mostrar que el control de legalidad de los actos dictados en el procedimiento de contratación y del contrato mismo, no difiere en el control general de los demás actos administrativos y por tal razón, el mismo se debe efectuar a través de las acciones propias de legalidad; y así, poder establecer si la acción contractual tiene justificación de existencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. El control de legalidad de los contratos y de los actos dictados dentro del procedimiento administrativo de contratación.

El mecanismo idóneo para realizar el control del legalidad de los actos administrativos lo constituyen las acciones contencioso administrativas; por lo que las mismas son igualmente el medio para controlar los actos contratos,³ en cuanto a que estos son actos administrativos y por tal razón no escapan al sometimiento del principio de legalidad que asiste a todos los actos de la Administración.⁴

Pero si las acciones son el mecanismo para dicho control, el mismo no ha operado de igual forma, en cuanto a buscar la anulación de los actos dictados dentro del procedimiento de contratación, entre ellos el contrato administrativo, cuando estos contrarían el principio de legalidad mencionado; puesto que ha variado desde las acciones típicas de legalidad hasta las acciones indemnizatorias como la contractual. En efecto, el Código Contencioso Administrativo en su consagración original, al referirse al control de los actos precontractuales, a pesar que lo contemplaba en la norma referida a la acción contractual, permitía que las otras acciones, es decir, la acción de simple nulidad y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercitaran dicho control.⁵

Por su parte, con la modificación introducida con el decreto 2304 de 1989, ya no existió una

consagración expresa en el sentido de qué acción era la que controlaba la legalidad de los actos precontractuales, dejándose a la regla general de control de legalidad de los demás actos administrativos, para los eventos de intentar la anulación de los mismos; regla que no era otra que la de utilizar las acciones de nulidad y nulidad con restablecimiento del derecho.⁶

Es en la reforma contenida en la ley 446 de 1998 cuando el legislador vuelve a pronunciarse sobre el control de legalidad y por tal, respecto de la posibilidad de anulación de los actos precontractuales, dando la facultad de utilizar tanto las acciones de legalidad como son la de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, como una acción indemnizatoria que es la acción contractual, para efectuar el mentado control;⁷ con un único requisito para poder utilizar una u otra acción, el cual se determinó en la celebración del contrato estatal.

Es así que la celebración del contrato estatal o administrativo se convierte en el determinante del control de legalidad de los actos unilaterales, puesto que de su celebración depende cómo se realiza, el término para intentarlo y la titularidad en cuanto a su ejercicio,⁸ creando la dificultad que se modifica la esencia del control de legalidad de los actos administrativos en general y los medios para realizarlo, ya que, las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho frente a la acción contractual como se analizó

³ Los actos contractuales, en la medida que contengan decisiones de la Administración, se muestran como actos administrativos especiales, dictados dentro del procedimiento de contratación.

⁴ RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de Derecho Administrativo, obra citada, pág. 432, para quien el principio de legalidad implica tres aspectos del control, como son: la normatividad jurídica, la jerarquía normativa, igualdad jurídica y la razonabilidad; todos aplicables al control de los actos precontractuales.

⁵ El artículo 87 del decreto 01 de 1984, consagraba "Acciones relativas a contratos. "... Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código".

⁶ El Decreto 2304 de 1989, en su artículo 17 modifica el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, referente a las acciones contractuales, suprimiendo la parte que se refería a los actos precontractuales.

⁷ La ley 446 de 1998, modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

⁸ La norma del artículo 87 del C. C. A. conmina que la celebración del contrato lleva a que la acción a instaurar para intentar la anulación de los actos precontractuales sea la contractual en vez de la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho; cambiando de igual forma el término de caducidad de la acción.

anteriormente, presentan características, término de caducidad, titularidad y efectos del fallo de naturaleza especial que las diferencia, por la sencilla razón que unas y otras son diferentes en su esencia y especialmente en el fin que persiguen.⁹

En las anteriores circunstancias la consagración que hace el Código Contencioso Administrativo de la acción contractual, ha creado una serie de incertidumbres que se deben plantear e intentar resolver, por lo que amerita que traigamos a colación el texto de la norma, así:

"De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos

solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato..."¹⁰.

La regulación que hace el Código Contencioso Administrativo del control de legalidad de los actos precontractuales, que por demás es bien especial, ha generado tal controversia que fue demandada ante la Corte Constitucional por considerarse contraria a postulados constitucionales, en especial con argumentos como los de que, al establecerse la celebración del contrato que ha sido adjudicado, hace imposible demandar mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho los actos previos a dicha celebración, generando inseguridad jurídica, ya que se están violando principios como el de razonabilidad, el libre acceso a la administración de justicia, la protección de los derechos de los asociados, el debido proceso, en cuanto a que para atacarlos se está en la obligación de impugnar el contrato; siendo que los mencionados actos precontractuales podrían ser impugnados directamente y no como consecuencia del contrato celebrado.¹¹

Impugnación que dio lugar a que la Corte Constitucional hiciera un pronunciamiento expreso en cuanto a la constitucionalidad de la norma, declarándola ajustada a nuestra Carta, debido a que el interés directo para instaurar la acción deriva del provecho o perjuicio de la relación jurídica, en el sentido de la utilidad o pérdida de quien pretende acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para incoar la acción, determinando dicho interés en quienes participaron en la licitación y concurso, ya que son ellos los que van a ver afectados sus derechos de orden patrimonial particular;¹² y

⁹ La acción de nulidad es típica de legalidad, circunstancia que también cobija a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aun cuando esta en igual forma es indemnizatoria; por el contrario, la acción contractual, es fundamentalmente indemnizatoria y solo excepcionalmente de legalidad.

¹⁰ Artículo 87 del C.C.A. modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

¹¹ Constituyen los argumentos esenciales, de la demanda de Inconstitucionalidad del artículo 87 del C. C. A., específicamente de los apartes "una vez celebrado este" y "solamente", según la reforma del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, Expediente D3471, actor Jaime Eduardo Hincapié Molina.

en esa misma medida, la nulidad de los actos precontractuales como del contrato administrativo, no pueden ser controlados en cuanto a su legalidad con fundamento en el criterio general de protección de legalidad que asiste a los demás actos administrativos.

Pero la distinción que hace el legislador y que avala la Corte Constitucional en cuanto al mecanismo de control de los actos precontractuales, modifica el principio de control de legalidad de los actos administrativos y la esencia propia de las acciones contencioso administrativas, relacionadas con el mismo, ya que, el carácter general y público que le asiste se ve sustituido por el interés particular, en la medida que los facultados para ejercerlo se limitan a los participantes en la licitación o concurso y las acciones de legalidad, son remplazadas por una acción indemnizatoria como lo es la contractual, para realizar una actividad que no es de su esencia, en cuanto a que esta es de orden indemnizatorio fundamentalmente.

Como se puede ver, la consagración amerita que se haga un análisis detallado del control de los actos precontractuales, frente a cada una de las clases de acciones involucradas en la discusión y frente a la celebración del contrato administrativo, como generador de la modificación del mismo, en cuanto a la anulación de los actos previos al contrato estatal o administrativo.

Los actos dictados en la actividad de contratación son impugnables en primer

término a través de las acciones de legalidad. Si nos atenemos a la esencia del control de legalidad de los actos administrativos, tenemos que decir que este se realiza esencialmente a través de dos acciones como son la de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales buscan preservar el ordenamiento jurídico que puede verse afectado con la expedición de un acto administrativo, que sea contrario a la legalidad en sentido genérico;¹³ situación que se concreta en la consagración que hace el legislador en cuanto a la acción de nulidad,¹⁴ como a la de nulidad y restablecimiento del derecho;¹⁵ en donde se puede solicitar la anulación de un acto administrativo por ser contrario al ordenamiento jurídico.

Circunstancia que no varía en cuanto a la referencia que se puede hacer a los actos dictados dentro del procedimiento administrativo de contratación; ya que si los mismos contrarían el principio de legalidad y son impugnados ante la jurisdicción, en primer lugar hay que acudir al control genérico que se surte a través de las acciones de legalidad, vale decir, las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que la consagración de las mismas no distingue de qué actos administrativos se trata, sino que los determina en forma general.¹⁶

Lo anterior es lógico en la medida que el principio de legalidad en cuanto a la preservación del ordenamiento jurídico es uno¹⁷, y por tal razón, los medios que se deben utilizar para hacerlo efectivo deben ser uniformes, como se refleja en la consagración

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 1048/01, exp. D - 3471, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, T.II., obra citada, pág. 536, muestra como la acción de nulidad es una acción objetiva, pública, impersonal, popular, general, que busca la nulidad de un acto administrativo, en beneficio del ordenamiento jurídico y de la legalidad.

¹⁴ Artículo 84 del Decreto 01 de 1984, en Código Contencioso Administrativo, Editorial Legis, Bogotá 2005, pág. 50.

¹⁵ Artículo 85 del Decreto 01 de 1984, en Código Contencioso Administrativo, Editorial Legis, Bogotá 2005, pág. 51.

¹⁶ Cuando el artículo 84 del C. C. A. se refiere a la acción de nulidad, lo hace diciendo que se puede solicitar la nulidad de los actos administrativos; como ocurre con el artículo 85 del C.C.A., que también hace alusión a la nulidad de actos administrativos en forma general.

¹⁷ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del acto administrativo, obra citada, pág. 79, deja ver el criterio de unidad del principio de legalidad, en cuanto a que el mismo implica la conformidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico.

legal de las acciones contencioso administrativas, garantes del principio de legalidad, en donde no se hace ninguna distinción respecto de la manera como debe ejercerse dicho control, ya que el mismo opera como consecuencia de la ilegalidad de los actos frente a la ley, donde no existe distinción de respeto sino obligatoriedad del mismo para regular la libertad del particular y el poder ilimitado del Estado frente a la misma, por línea de principio.¹⁸

La acción contractual ejerce control de legalidad respecto de actos unilaterales precontractuales

Pero si el control de legalidad de los actos precontractuales se ejerce en primer término con fundamento en las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, el mismo no ha sido exclusivo de estas acciones, debido a que por el contrario, en nuestra legislación y jurisprudencia se ha consagrado la posibilidad de realizarlo a través de la acción contractual.

Por mandato legal se ha permitido que siendo la acción contractual de carácter indemnizatorio fundamentalmente, actúe como acción de legalidad en cuanto al control de actos precontractuales, bajo la premisa de conformar un todo con el contrato, producto de la actividad administrativa de contratación, recordando la idea de la operación administrativa contractual de que hablaban los franceses.¹⁹ Es así como la ley 80 de 1993 determinó la obligatoriedad de impugnar a través de la acción contractual, los actos dictados como consecuencia u ocasión de la

actividad contractual, lo que dio lugar a que se creyera que el control de legalidad de los actos precontractuales (unilaterales) había cambiado, porque la acción a utilizar para hacer efectivo el mismo, ya no era la de nulidad o nulidad con restablecimiento del derecho; pero esto no fue así, sino que el propio estatuto contractual siguió permitiendo que en caso de actos precontractuales (unilaterales), se utilizaran las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, ya que concibió tres eventos donde se utilizaban estas acciones, como eran el acto de adjudicación, la declaratoria de desierta de la licitación y el acto de impugnación de la inscripción en el RUP.²⁰

En igual forma, el estatuto previó que en el evento de demandarse los actos administrativos originados en la actividad contractual, no era necesario demandar el contrato, lo que deja ver que a pesar de utilizar la acción contractual, los actos administrativos eran independientes en cuanto a su impugnación, lo que determinaba que la figura de unidad entre acto administrativo y contrato no se diera, generando confusión, ya que se estaba contrariando la institución de los actos complejos²¹ en cuanto a que la impugnación de estos, debe comprender todas las decisiones de la Administración que sean interdependientes y en donde la existencia de unos determina la existencia de otros, que es lo que se daría en el caso de los actos típicamente contractuales, en que la impugnación del contrato y del acto formarían un acto complejo, pero que, como no era necesario impugnar este último, la interdependencia de los actos se estaría rompiendo.

¹⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid 1995, pág. 34.

¹⁹ DEVOLVÉ, Pierre. *L'Acte administratif*, obra citada, pág. 107.

²⁰ Artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en ORTEGA TORRES, Jorge. *Estatuto de la Contratación Estatal*, Editorial Temis, Bogotá 2001, pág. 91.

²¹ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *Acto Administrativo. - teoría general -*, obra citada, pág. 235, expresa que el acto administrativo complejo es una manifestación de la voluntad estatal, formada por pronunciamientos sucesivos.

Por otra parte, al establecerse que la acción a instaurar era la acción contractual para controvertir los actos dictados en el procedimiento de contratación, existió la tendencia que la misma sólo podía instaurarse hasta que el contrato se celebrara, en la medida que esta era la acción propia del contrato y así, los actos precontractuales tenían que esperar a la celebración del contrato para ser impugnados,²² lo cual se tornaba confuso, ya que, por qué esperar la celebración del contrato si no era necesario impugnar el mismo, pues como lo preveía la norma, la impugnación se daba en forma independiente.

La consagración que la ley 80 de 1993 hacía del mecanismo para impugnar los actos derivados de la actividad contractual, fue modificado cuando la ley 446 de 1998 contempló una regulación especial, en cuanto a la forma de ejercer el control de legalidad de los actos precontractuales (unilaterales), determinando términos y acción específica para ejercerlo²³. Así, en el evento de la celebración del contrato, los actos que se hayan dictado previos a la celebración del mismo, deben impugnarse a través de la acción contractual y no de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho como se hace, si el mismo no ha llegado a la vida jurídica²⁴; en este evento, lo que ordena la norma es impugnar el acto precontractual (unilateral), es decir, solicitar su anulación pero con fundamento en la nulidad absoluta del contrato, lo que determina que existan dos pretensiones de legalidad, una referida al acto precontractual y otra al contrato celebrado.²⁵

1.2.1 En la acción contractual existe una legitimación especial

Como la acción a instaurar es la acción contractual y se debe solicitar la nulidad absoluta del contrato, siendo en cualquier evento control de legalidad, la titularidad para el ejercicio del mismo no se ha radicado en cabeza de las personas en general, como ocurre en la acción de simple nulidad, en donde el interés radica en cualquier persona que pretenda se restablezca el ordenamiento jurídico. En este evento se ha restringido esa titularidad a quienes demuestren un interés directo en la acción, el cual se deriva de la participación en la licitación o concurso, es decir, en el proceso de selección del contratista, presentándose de esta manera una legitimación en la causa por activa, que podemos denominar cualificada, en el sentido que son quienes participaron en el procedimiento administrativo de contratación los llamados a ejercer dicho control.²⁶

La situación sería clara en el evento que el ejercicio de la acción contractual solamente implicara pretensiones indemnizatorias o que como consecuencia de la nulidad absoluta del mismo, la pretensión consecuente sea la indemnización de perjuicios, pero como no siempre la solicitud de nulidad absoluta del contrato debe implicar solicitudes de indemnización, sino que quien la ejerce puede pedir simplemente la nulidad del mismo, sin que solicite el resarcimiento de algún perjuicio particular y en esa medida, la acción se estaría ejerciendo en interés de la legalidad, más aun, podría ejercerse, en interés de la comunidad;

²² C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo 10 de 1994, exp. 9118, M.P. Juan de Dios Montes.

²³ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de diciembre de 2001, exp. 19777, M.P. Ricardo Hoyos Duque, quien refiere que al modificarse el artículo 77 de la ley 80 de 1993, el término para la impugnación de los actos precontractuales no es el del artículo 136 del C. C. A. de 4 meses, sino el especial de 30 días y además habrá que impugnar el contrato si el mismo se ha celebrado a través de la acción contractual, en el término de caducidad de la misma.

²⁴ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 26 de mayo de 1995, exp. 9360 M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C - 221 de abril 14 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz.

²⁶ C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 1999, exp. 10610, M.P. Ricardo Hoyos Duque, quien al referirse a los terceros que pueden demandar la nulidad absoluta del contrato, muestra como están legitimados únicamente los que han participado en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato.

en estos eventos, la restricción que se hace a la titularidad de la misma se tornaría contraria a derecho, puesto que el interés de legalidad debe ser general.

Cuando el estatuto contractual se refiere a la nulidad de los contratos estatales, lo hace determinando cuáles son las causales de nulidad en forma genérica,²⁷ estableciendo quienes están legitimados para solicitar la misma, haciendo en este evento claridad en el sentido que cualquier persona puede solicitar la nulidad absoluta del contrato,²⁸ dejando ver una titularidad o legitimidad similar a la que opera en la acción de nulidad, donde cualquier persona está en posibilidad de ejercer el derecho de acción, con el único interés de proteger el ordenamiento jurídico.

La limitación en la titularidad en el ejercicio de la acción contractual para lograr la nulidad absoluta del contrato y por tal de los actos precontractuales se ha justificado, con criterios de finalidad del Estado y eficiencia de la actividad administrativa, pues se dice, que permitir a todo el mundo instaurar la acción contractual para solicitar la nulidad absoluta del contrato, es entorpecer la actividad de la Administración y consentir que la misma sea utilizada con propósitos dilatorios o distintos de los que han inspirado la acción de nulidad absoluta del contrato,²⁹ argumentación que no se ajusta a parámetros de sustantividad, ya que la interposición de la acción no interrumpe el trámite administrativo de contratación, como lo aclara el propio artículo 32 de la Ley 446 de 1998,³⁰ lo que quiere decir, que el supuesto

peligro de obstaculizar la actividad administrativa no existe, pero que donde existiera sí podría constituir una forma de impedir el cumplimiento de los fines del Estado y de las entidades públicas, que es lo que se busca con los contratos que celebra la Administración.

Así entonces, la legitimación en la causa respecto de interposición de la acción de nulidad absoluta del contrato y los actos precontractuales es determinada por criterios de una supuesta eficiencia administrativa, que como se ha dicho, no se trunca si cualquier persona tiene la facultad de instaurar la acción, como ocurre con la acción de nulidad, que ha venido operando como acción de legalidad desde hace mucho tiempo, sin que haya existido un sometimiento de la actividad administrativa a criterios caprichosos de quienes interponen la acción de nulidad frente a actos administrativos, sino que por el contrario, el ejercicio de la actividad de la Administración se ha visto depurado.

Por lo tanto, el criterio de establecer una legitimación calificada para buscar la nulidad absoluta de los contratos y de los actos precontractuales (unilaterales), no se ajusta a la esencia de protección del principio de legalidad, puesto que, el interés del mismo está en el mantenimiento del orden jurídico, que en igual forma se puede ver truncado con la actividad de contratación.

²⁷ Las causales de nulidad absolutas del contrato estatal, están consagradas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993.

²⁸ El artículo 45 del Estatuto Contractual determina quienes están facultados para solicitar la nulidad absoluta del contrato, así: "De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio..."

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 221, de 14 de abril de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz, agrega que la limitación en la titularidad para instaurar la acción, cierra la posibilidad de que la acción pueda emplearse con intereses y finalidades ajenas a las que inspiraron su consagración legal.

³⁰ El artículo 87 del C. A. A. modificado por la Ley 448 de 1998, artículo 32 es claro en contemplar que la interposición de las acciones no interrumpe el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato.

1.2.2 La acción contractual tiene término de caducidad en su carácter de acción de legalidad

En otro sentido, cuando se ejerce la acción contractual para atacar judicialmente los actos precontractuales y ante la obligación de hacerlo como consecuencia de solicitar la nulidad absoluta del contrato, el ordenamiento jurídico colombiano prevé un término de caducidad que se identifica con el establecido para la acción contractual, en lo consagrado por el C. C. A. y que es de dos años contados a partir de la configuración de la causal de nulidad o igual al tiempo de vigencia del contrato, si esta es mayor de dos años, sin exceder de cinco.³¹

Término de caducidad que amerita argumentaciones tales como, el momento de comenzar a contar el mismo, cuando la impugnación tiene como objeto principal un acto administrativo precontractual (unilateral), donde la supuesta causal de nulidad se estructura en la expedición del acto administrativo previo; lo que determina que el término para solicitar la nulidad absoluta del contrato, empieza a correr antes de la existencia del contrato; pero además, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha abierto camino para hablar de una caducidad de la acción de 20 años,³² con fundamento en los términos de prescripción de la responsabilidad derivada de la actividad contractual.³³

Pero si la nulidad absoluta del contrato y del acto precontractual se configura por existir contrariedad frente al ordenamiento jurídico, lo que se busca con la acción contractual en

primer lugar es la protección del mismo, por lo que, el término de caducidad, cuando se trate de pretensiones que sólo impliquen legalidad, contraría la esencia del principio, ya que la ilegalidad no puede ser subsanada por el simple transcurso del tiempo, tanto para la causal, como para la posibilidad de acudir a la jurisdicción en busca de protección jurídica del principio, como se plantea en la acción de nulidad, donde se mira que la actividad de la Administración se sujete a la legalidad³⁴. Situación diferente se podría presentar cuando lo que se persigue son intereses particulares de la acción, en donde el término de caducidad se dará frente al interés particular.

1.3 La naturaleza de la acción contractual no depende de la celebración del contrato para determinarse como de legalidad

La consagración que hace el Código Contencioso Administrativo en cuanto al control de legalidad de los actos precontractuales, conlleva a que el carácter de la acción contractual sea el de acción de legalidad principalmente y no el de acción indemnizatoria como se ha planteado³⁵, contrariando la naturaleza de la misma.

En efecto, las acciones contencioso administrativas tienen una naturaleza especial que las identifica; así, existen las acciones de legalidad como son las de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, al igual que la acción electoral, que implican la necesidad de impugnar un acto administrativo para buscar el mantenimiento del orden jurídico, convirtiéndose las mismas en un medio de

³¹ Artículo 136 del Decreto 01 de 1984.

³² C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de marzo de 2005, exp. 28060, M.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

³³ Por mandato del artículo 55 de la Ley 80 de 1993, se determina que la responsabilidad civil derivada de la actividad contractual, prescribe en 20 años.

³⁴ RIVERO, Jean. De la Administración y el Derecho, en Páginas de Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Editorial Temis, Bogotá 2002, pág. 185, resaltando el principio de legalidad dice: "La Administración, durante mucho tiempo dueña de sus actos, debe insertarlos en el marco trazado por la legalidad"; que es lo que precisamente se intenta proteger por las acciones contenciosas de legalidad.

³⁵ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho Procesal Administrativo - Primera Parte -, obra citada, pág. 299.

control de la actividad de la Administración. En cuanto a las acciones de nulidad y electoral, al ser de estricta legalidad, se ha otorgado la titularidad de las mismas a cualquier persona, con fundamento en el interés general que existe en que la Administración obedezca su obligación de someterse a la ley.³⁶ Pero en igual forma, existen acciones fundamentalmente indemnizatorias, como son las acciones de reparación directa y la acción contractual, donde más que buscar el mantenimiento del principio de legalidad, lo que se busca es la indemnización de perjuicios derivados de la responsabilidad administrativa contractual y extra contractual.

Así, cuando se refiere a la acción de reparación directa, lo que se busca fundamentalmente es la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado y la consecuente reparación de los perjuicios que se hayan ocasionado por la Administración;³⁷ por esta razón, los eventos que determinan la procedencia de esta acción se identifican con los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas, la ocupación de inmuebles por trabajos públicos,³⁸ sin que se tenga como generador de la misma a los actos administrativos.³⁹

Por su parte, la acción contractual se muestra en igual forma con un carácter indemnizatorio, cuando permite que los pedimentos que se pueden formular en ejercicio de la misma sean de carácter resarcitorio fundamentalmente y

sólo excepcionalmente de legalidad, cuando se habla de la nulidad absoluta del contrato;⁴⁰ esto es claro, cuando la norma del Código Contencioso Administrativo permite la posibilidad de solicitar la existencia, la revisión, el incumplimiento, y la nulidad del contrato, pedimentos todos para lograr que se condene a la Administración a indemnizar los perjuicios causados.⁴¹

Entonces, si la acción contractual persigue fundamentalmente fines de indemnización de perjuicios, la misma presenta características de acción subjetiva, particular y de orden patrimonial⁴² y excepcionalmente de legalidad en cuanto a la nulidad absoluta del contrato y de los actos contractuales, donde se atacan decisiones de la Administración, dictadas durante la vigencia del mismo.

En las anteriores circunstancias y refiriéndonos al control de legalidad y específicamente al de los actos unilaterales, los precontractuales, la celebración del contrato, no le da el carácter de acción de legalidad a la acción contractual, en la medida que el mismo, no puede modificar su naturaleza, puesto que la misma implica un fundamento particular indemnizatorio, que no se modifica con la celebración del contrato, sino que, se ratifica en la medida que la naturaleza del contrato administrativo o estatal es fundamentalmente de efectos patrimoniales, así la entidad pública pretenda con el contrato el cumplimiento de los fines estatales o de servicio público.

³⁶ C. E. Sala Plena, sentencia de julio 3 de 1996, exp. 5 - 612, M. P. Juan Alberto Polo Figueroa.

³⁷ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, T.II., pág 551, ratifica esta idea diciendo: "En este sentido, los motivos y finalidades de la acción están determinados exclusivamente por un juicio de responsabilidad del Estado, que lleva irremediablemente al reconocimiento de indemnizaciones pertinentes como consecuencia de los perjuicios ocasionados"

³⁸ El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contempla los eventos de procedencia de la acción de reparación directa.

³⁹ C. E. Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 7 de 2005; expediente 27842, M.P. Aller Eduardo Hernández Enríquez, contempla de manera excepcional la procedencia de la acción de reparación directa contra actos administrativos, pero solo en el evento que estos se hayan revocado.

⁴⁰ El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contempla los pedimentos que comporta la acción contractual.

⁴¹ En la acción la condena a indemnizar perjuicios, normalmente es contra el Estado, pero no exclusivamente, porque las entidades públicas, pueden no solamente ser demandadas, sino que en igual forma puede serlo el particular y en este evento la condena sería contra este.

⁴² SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, T. II., pág. 560, Obra citada, la identifica como una acción que por regla general es de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional.

Esto es claro, en cuanto a que el contratista en su calidad de colaborador de la Administración, lo hace con ánimo de lucro y no solamente para ayudar a hacer efectivos los cometidos estatales;⁴³ así, el interés general que comporta el principio de legalidad en cuanto al sometimiento de la actividad de la Administración a la ley, no puede ser modificado por un interés particular que comporta el contrato administrativo, al menos desde la parte del contratista.⁴⁴

Y en tales circunstancias, el acuerdo de voluntades que implica el contrato,⁴⁵ una de ellas generalmente privada, no puede determinar variación en el control de legalidad de los actos precontractuales, ya que los mismos implican decisiones unilaterales de la Administración, que generan el nacimiento del contrato y en esa medida quienes condicionan el contrato, son los actos previos y no el contrato en cuanto al ejercicio del sometimiento a la legalidad de los mismos.

Por otra parte, la celebración del contrato estatal o administrativo constituye una actuación dentro de todo el procedimiento administrativo de contratación, que no puede generar un sistema de control de legalidad de los actos contratos, diferente a la consagrada para los demás actos administrativos de naturaleza unilateral, en donde el medio natural para realizarlo se contiene en las acciones de legalidad, como son la de nulidad principalmente y la de nulidad con restablecimiento del derecho, por lo que, la naturaleza indemnizatoria de la acción contractual se mantiene y la pretensión de

convertirla en acción típica de legalidad, contraria postulados de lógica argumentativa, en cuanto se torna contradictoria la decisión con los supuestos que la determinan.⁴⁶

Lo anterior no quiere decir que el contrato administrativo no esté cobijado por el principio de legalidad, pues como se ha dicho, este constituye una modalidad de acto administrativo y en esa medida debe respetar el ordenamiento jurídico superior. Pero la realidad del asunto está en que la celebración del mismo, no modifica el control de legalidad y no le da el carácter de acción de legalidad a la acción contractual

Esto es cierto así el control de legalidad que se ejerce sobre el contrato se realice a través de la acción propia del mismo, es decir, la acción contractual y tal circunstancia puede ser obvia debido a la naturaleza bien especial que implican los contratos. Aunque consideramos que por tratarse de actos administrativos debería acudir a las acciones de legalidad, como principio general de garantía del ordenamiento jurídico, ya que si se persiguen intereses particulares de orden patrimonial, tendremos que enfocar nuestra argumentación en el sentido de si la acción es la de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción contractual.

En este caso tomamos partido porque sea a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto a que la impugnación cobija la nulidad absoluta de un acto administrativo y la consecuente indemnización de perjuicios, siendo esta la

⁴³ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Contratación Administrativa*, obra cita, pág. 33 cuando se refiere a la exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992, muestra como el particular que celebra un contrato estatal, es el de colaborador, con el deseo incansable de lograr una utilidad económica.

⁴⁴ Por principio de derecho, el interés general debe condicionar el interés particular y no a la inversa.

⁴⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, obra citada, pág. 3, muestra la existencia del acuerdo de voluntades, sino el interés económico y patrimonial de las partes, así: "Las partes se ponen en contacto para celebrar una convención de la que resulte, para cada una de ellas, una ventaja, a cambio de una contraprestación a favor del otro contratante".

⁴⁶ BERNAL PUJADO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. Desarrolla un sistema argumentativo coherente, referido a la ponderación de derechos fundamentales que sirve para aplicarlo a una rama del derecho como la que nos ocupa, en cuanto a la lógica e interpretación de las normas.

característica principal de dicha acción de legalidad, a la cual se le ha otorgado la categoría de mixta en cuanto a que busca la anulación de un acto y la consecuente indemnización de perjuicios,⁴⁷ que es lo que ocurre cuando se solicita la anulación de un contrato.

Situación idéntica ocurre en cuanto a la anulación de los actos (unilaterales) precontractuales con efectos patrimoniales, cuando se ha celebrado el contrato administrativo o estatal, donde se debe solicitar tanto la nulidad del contrato como del acto administrativo unilateral previo al mismo, para que exista la viabilidad de pedir la indemnización de perjuicios.⁴⁸

Lo anterior determina que a pesar de la celebración del contrato, el fundamento del control de legalidad se expresa en los términos de las acciones de legalidad como son la de nulidad, (si no implica pretensiones patrimoniales) y de la nulidad y restablecimiento del derecho, cuando sí las comporte, por lo que no existe una argumentación coherente, que justifique el carácter de acción de legalidad que se le pretende dar a la acción contractual, ante el simple hecho de la celebración del contrato y tener que atacarse el mismo, cuando se pretenda impugnar un acto administrativo unilateral previo al contrato.

2. Los actos precontractuales, ante un control de legalidad que no puede ser modificado

El principio de legalidad implica que los actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico, sean susceptibles de anulación ante la jurisdicción contencioso administrativo, como expresión concreta de la protección del principio y del sometimiento de la Administración a la ley en sentido genérico.⁴⁹

En estas condiciones, la anulación de los actos previos al contrato se determina por el control general de legalidad que opera para todos los actos administrativos y no puede ser modificado para este evento, por no existir una justificación valedera que así lo amerite. Por tal razón, circunstancias como la celebración del contrato administrativo, se alejan de determinar que las acciones de legalidad sean reemplazadas por una acción indemnizatoria, en cuanto a la anulación de los actos precontractuales, puesto que, existe un principio general de control que no puede ser reemplazado caprichosamente, cambiando el sentido de una organización administrativa y jurisdiccional, que se sustenta en el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho, resultando plenamente controlable por el poder judicial a través de un mecanismo establecido, como son las acciones de legalidad.⁵⁰

⁴⁷ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 15 de noviembre de 1990, exp. 2339, M. P. Álvaro Lecompte Luna, lo expresa de la siguiente forma: "Quepa recordar que la acción de restablecimiento del derecho envuelve dos pretensiones. La primera, la anulación del acto administrativo, es semejante a la única que integra la acción de nulidad, es decir, la nulidad de los actos... La acción necesariamente debe ser planteada contemplando el demandante las dos solicitudes inseparables la de nulidad del acto y la de restablecimiento del derecho".

⁴⁸ C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de septiembre de 2000, exp. 12856, M. P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Acto y procedimiento administrativo, obra citada, pág. 53, muestra como la jurisdicción contencioso administrativa, es la revisora de la legalidad de los actos administrativos y por tal el concepto de acto administrativo, se ha convertido en el eje en torno al cual se ha establecido el control jurisdiccional.

⁵⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. Manual de Derecho Administrativo, obra citada, pág. 71, deja ver como existe una organización administrativa y judicial, que determinan el control de legalidad de los actos de la Administración, lo que nos permite decir, que esa organización ha determinado la existencia de unas acciones de legalidad, para mantener el principio de subordinación de la actividad de la Administración a la ley.

Cuando el principio constitucional faculta a la jurisdicción contencioso administrativa para suspender los efectos de los actos administrativos,⁵¹ está dejando ver la facultad general de anulación de los mismos, en cuanto a la posibilidad de quitarle efectos jurídicos en forma permanente, lo cual se realiza a través del medio idóneo como son las acciones de legalidad y no a través de una acción indemnizatoria como puede ser la acción contractual.

Situación diferente es que en circunstancias excepcionales, el control se haya asignado a la acción contractual, cuando se trata de la anulación absoluta del contrato, que aunque no compartimos, tendría alguna justificación muy cuestionable, eso sí, en referencia al contrato únicamente y con el argumento que dicha acción se ha venido manejando como la propia o natural de control del mismo, pero no de los actos precontractuales, en cuanto a que estos son decisiones unilaterales, que siguen tanto para su expedición como para su control, las reglas de los además actos administrativos y por tal, las acciones procedentes para buscar su anulación no son otras que las acciones de legalidad.⁵²

Es que ni siquiera la anulación absoluta del contrato estatal con efectos patrimoniales particulares, resiste seguir manteniendo el control de legalidad a través de la acción contractual, ya que, el hecho de tener que impugnarse actos administrativos, implica que

se haga a través de la acción propia de los mismos, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.1 El interés particular no modifica el control de legalidad

Se han venido distinguiendo los intereses que existen tanto en la acción de nulidad como en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto a que en la primera, el único interés es el de mantenimiento y preservación de la legalidad,⁵³ mientras que en la segunda, intereses particulares de orden patrimonial son los que se buscan proteger con la acción.⁵⁴

Pero esa disparidad de intereses que se presenta en las dos acciones tradicionales de nuestro contencioso administrativo, en realidad se identifica cuando se trata del control de legalidad de los actos administrativos; y por tal razón, las pretensiones indemnizatorias patrimoniales de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no influyen ni modifican el control de legalidad de los actos administrativos, en cuanto a que en uno y otro caso es la contrariedad que existe entre un acto y el ordenamiento jurídico, lo que determina la prosperidad de los intereses particulares de la acción.⁵⁵

Así, en la medida que el principio de legalidad se haga efectivo, los intereses particulares que se ven involucrados pueden ser reconocidos y

⁵¹ El artículo 238 constitucional, consagra que la jurisdicción contencioso administrativa, podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

⁵² Es que en una argumentación coherente, en igual forma, el control de legalidad de los contratos y de los actos contractuales, debería hacerse a través de las acciones de legalidad, por tratarse de actos administrativos.

⁵³ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*, obra citada, pág. 38, dice que la acción de nulidad es el medio normal puesto a disposición de los administrados para impugnar los actos unilaterales de la Administración, con miras al mantenimiento de la legalidad abstracta.

⁵⁴ Ídem. pág. 38, por el contrario, al referirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la muestra como el medio para lograr como consecuencia de la nulidad de un acto administrativo, el resarcimiento de un derecho subjetivo, amparado por una norma jurídica.

⁵⁵ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, obra citada, pág. 545, desarrolla la argumentación, en cuanto a que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se deben exponer las razones de la incongruencia entre el acto administrativo y el orden jurídico, que es principio de legalidad, al igual que la forma como el derecho resulta vulnerado a partir del desconocimiento del principio de legalidad.

en tal razón, el principio de legalidad se mantiene intacto, sin importar que la intención de quien pretenda la anulación de un acto sea la de lograr una indemnización de perjuicios; esto es claro, ya que si el acto no es declarado contrario a la legalidad, el principio de subordinación de la actuación de la Administración al derecho no se vulnera y el requisito necesario y previo a la indemnización de perjuicios no se presenta, quedando sin sustento el interés particular que pueda existir.

Existe entonces una prevalencia de intereses en cuanto a la forma en que opera el control judicial respecto de los actos administrativos, que se determina en que el interés general de protección de legalidad, está por encima de los intereses particulares indemnizatorios y en esa medida para que se presente este último, tiene que mantenerse el orden jurídico que asiste a la actividad administrativa.⁵⁶

Esta argumentación es plenamente aplicable al control de los actos contratos, en donde existen intereses particulares de quienes han participado en la licitación o concurso, que supuestamente los legitima para buscar la nulidad de los mismos, en la medida que deben tratar de restablecer el orden jurídico quebrantado para lograr una consecuente protección de derechos subjetivos, que normalmente se expresa en resarcimientos.

2.2 La titularidad en el control de legalidad de los contratos determinado por el interés general

Cuando la ley 446 de 1998 en su artículo 32 se refiere al interés para instaurar la acción contractual, en cuanto a la impugnación de los

contratos y la jurisprudencia desarrolla el principio diciendo que dicho interés está en quienes participaron en la licitación o concurso⁵⁷, lo que hace, es contrariar el principio general que asiste al control judicial de legalidad de los actos administrativos.

En efecto, si bien es cierto el interés directo para impugnar actos administrativos originados en la actividad contractual, está en quienes participaron en la licitación o concurso, se justificaría en cuanto que la impugnación contenga un sentido patrimonial de orden particular, donde el afectado que busca la indemnización de un perjuicio intenta sacar de la vida jurídica un acto administrativo para lograr el resarcimiento. Pero otra cosa ocurre cuando se trata de buscar protección del orden jurídico, en donde la titularidad no se puede limitar a quienes hicieron parte del proceso de contratación, ya que, en esta circunstancia, no se está persiguiendo un efecto particular con la acción, sino que es la necesidad de mantener incólume el ordenamiento jurídico, lo que genera la acción.

En este evento, el interés general de protección de la legalidad hace que la acción se convierta en pública y que por tal razón, cualquier persona, así no haya participado en el procedimiento administrativo de contratación, debe estar asistida de legitimación y titularidad para ejercer el derecho de acudir a la jurisdicción e instaurar la controversia de legalidad.⁵⁸ Esto aunado a que la Administración al celebrar un procedimiento administrativo de contratación, lo que busca es el cumplimiento de los cometidos estatales, los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados;⁵⁹

⁵⁶ CHAPUIS, René. *Droit Administratif general*, obra citada, pág. 4 en su introducción muestra cómo el interés general se refleja en que la Administración está sumisa a un derecho que rige su organización y su actividad en relación a sus actividades de servicio público frente a los particulares.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C - 1048 de octubre 4 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁸ C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia del 05 de agosto de 1994, exp. 5530, muestra como el interés general, determina el carácter público de las acciones de legalidad.

⁵⁹ Ley 80 de 1993, artículo 3, en Código Contencioso Administrativo, Editorial Legis, Bogotá 2002, pág. 458.

fines que tiene un rango constitucional⁶⁰ en la medida que se refieren al bienestar general de la comunidad, el cual debe ser garantizado y que encuentra el medio para realizarlo, en las acciones contencioso administrativas de legalidad, cuando los actos que dicta la Administración son contrarios al ordenamiento jurídico y de una u otra manera van en contravía con los fines que persigue el que ahora llamamos Estado Social de Derecho.

Por otra parte hay que decir que los contratos que celebra la Administración no tienen un carácter estrictamente particular entre entidad contratante y contratista particular, que excluya a las demás personas para el control de los mismos, debido a que estos se celebran con recursos del erario público, los cuales no adquieren naturaleza particular cuando ingresan al Estado y mucho menos, cuando son entregados al contratista para la ejecución del contrato. En este sentido, incluso la modificación a la ley de contratación ha previsto que los recursos dados como anticipo, deben ser manejados por el contratista, la entidad pública y el interventor,⁶¹ con el fin de garantizar que los mismos se van a destinar al contrato, pues recordemos que estos dineros no entran al patrimonio del contratista, sino que conservan su naturaleza pública.

Como se puede ver, la limitación en cuanto al interés para ejercer el control judicial de los actos precontractuales, a través de la anulación de los mismos, no se ajusta a parámetros de derecho, ya que no puede modificar el principio general de control de legalidad de los actos.

3. La acción a instaurar depende de la naturaleza del contrato y el fin del control

La naturaleza de los actos administrativos debe determinar la acción a instaurar, así como la clase de daño o derecho lesionado puede en igual forma generar el control judicial a través de una acción contenciosa administrativa, como lo plantea el profesor Juan Carlos Henao.⁶²

En estas circunstancias, la naturaleza de los actos objeto del control, de una u otra manera influye en el mecanismo para ejercer el control de legalidad,⁶³ y en esa medida, determina cuál es la acción a instaurar para intentar su anulación. Así, el carácter de actos administrativos unilaterales implica que las acciones propias para su control judicial, en búsqueda de garantía del principio de legalidad, son las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que se trata de decisiones de la Administración como consecuencia del procedimiento administrativo de contratación.⁶⁴

Si se analizan desprevenidamente las normas del Código Contencioso Administrativo que hacen referencia a las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho,⁶⁵ nos podemos dar cuenta que las mismas proceden contra actos administrativos que dicta la Administración, y en esa medida, tenemos que dirigir la atención a que el carácter de actos administrativos que posen las decisiones de la administración, son las que condicionan la clase de acción a instaurar.⁶⁶

⁶⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 2, Editorial Temis, Bogotá 1991, pág. 8.

⁶¹ Así lo prevé el decreto 2170 de 2002.

⁶² HENAO PÉREZ, Juan Carlos. De tal derecho lesionado, tal acción, en Memorias V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, pág. 487; expresa que el daño, entendido como lesión de un derecho, caracteriza la acción.

⁶³ No se trata en este caso de hacer planteamientos en contra de la teoría de los móviles y las finalidades, en cuanto a la clase de actos administrativos acusables por las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho; en donde antes de la misma, lo que determinaba la acción era la naturaleza del acto, si general o particular.

⁶⁴ Cuando la Administración dicta un acto precontractual, está expresando su voluntad.

⁶⁵ Los artículos 84 y 85 del C. C. A. facultan instaurar las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, cuando, un acto administrativo, es contrario al ordenamiento jurídico.

⁶⁶ VEDEL, Georges. Derecho Administrativo, obra citada, pág. 139, dice que los actos administrativos, son decisiones ejecutorias de la Administración pública, en ejercicio de una prerrogativa pública.

En las anteriores circunstancias, las decisiones unilaterales de la Administración son controladas judicialmente a través de las acciones de legalidad, como consecuencia de que las mismas dependen de la clase de actos que controlan. Por tal razón, no es posible instaurar una acción de reparación directa en contra de un acto administrativo, sino frente a un hecho o una omisión administrativa, en cuanto a que la naturaleza de estos no constituye decisiones de la Administración, sino simples mecanismos de actuación, pero con una connotación de involuntariedad en los mismos.⁶⁷ Por el contrario, los actos administrativos al estar investidos de voluntariedad, hacen que su control sea realizado a través de los mecanismos propios para controvertir las decisiones de la Administración, que no son otros que las acciones de legalidad. Y si el contrato tiene el carácter de acto administrativo, su control debe ser a través de las acciones de legalidad.

Por otra parte hay que decir que además de la naturaleza del acto, la finalidad que se persigue con la acción, es fundamento para la selección de la acción contencioso administrativa a instaurar en la anulación de los contratos. En esa medida, como el principio de legalidad es el que se busca proteger en forma primordial, cuando se ataca de nulidad un contrato, son las acciones propias de legalidad las que se deben utilizar en cuanto a la impugnación de esta clase de actos.⁶⁸

Por lo anterior, la acción contractual de naturaleza indemnizatoria, donde el principio de legalidad no juega el papel de

preponderancia como ocurre en las otras acciones mencionadas, no puede constituir el mecanismo idóneo para ejercer el control de legalidad de los contratos y por tal, la acción adecuada para demandar la nulidad de los mismos, así se persiga algún interés de protección de derechos particulares, pues para ello existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.⁶⁹

Así las cosas, si la finalidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho es la de proteger el orden jurídico y la naturaleza de los contratos es la de ser actos administrativos, que no se pierde por la celebración del contrato, lo obvio es que sean las acciones propias para la anulación de los actos administrativos las que deben operar en la impugnación de los mismos y no la acción contractual que presenta una finalidad distinta.

4. Las acciones de legalidad como mecanismo idóneo para el control de los contratos: el desaparecimiento de la acción contractual

No puede ser otra la argumentación que finalice el presente artículo, respecto de la naturaleza y del control de legalidad de los contratos, la cual se determina de todo el estudio realizado; el cual nos lleva más allá, ya que, nos permite proponer la viabilidad del desaparecimiento de la acción contractual como mecanismo de control del contrato estatal o administrativo.

En efecto, no se justifica la existencia de la acción contractual como mecanismo de control del contrato, ya que si se busca el control de

⁶⁷ RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, obra citada, pág. 218, expresa que los mecanismos de actuación de la Administración son: los actos, los hechos, las operaciones, las vías de hecho y las omisiones.

⁶⁸ GALINDO WACHA, Juan Carlos. Lecciones de derecho Procesal Administrativo, obra citada, pág. 200 y 245, caracteriza a la acción de nulidad, por pretensiones en interés de la legalidad abstracta y a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por pretensiones que van más allá de la anulación de un acto administrativo y buscan la protección de un derecho subjetivo.

⁶⁹ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de mayo 4 de 2001, exp. 5013, M. P. Camilo Arciniegas, da la razón, cuando dice: "A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no puede perseguirse una pretensión indemnizatoria que no resulte de la anulación de un acto administrativo definitivo, pues esta es la condición sine qua non para restablecer un derecho e indemnizar el perjuicio derivado del ato administrativo que se anula, si es el caso".

legalidad en sentido abstracto, existe la acción de nulidad y si el control determina intereses particulares, entonces podemos hacer uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como medio de protección de intereses indemnizatorios, por consecuencia de la anulación de un acto.⁷⁰

Conclusiones

El control de legalidad de los actos dictados dentro del procedimiento de contratación y del contrato administrativo, no difiere del control general de legalidad de los demás actos administrativos; por esta razón, no se justifica la existencia de un control diferenciado entre uno y otros actos.

Por lo anterior, las acciones que deben ejercer el control de legalidad tanto de los contratos como de los actos dictados dentro del procedimiento de contratación, no son otras que las acciones típicas de legalidad, es decir, la acción de simple nulidad y la acción de nulidad con restablecimiento del derecho.

Como la acción contractual es una acción de carácter indemnizatorio, no se justifica que se le otorgue la naturaleza de acción de legalidad y por tal razón su existencia no se justifica dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora, 2000.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del acto administrativo, primera Edición, Editorial Iustell, Madrid, 2005.
- CHAPUS, René. Droit Administratif générale, Moncherestien, Paris, 2001.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Editorial Temis, Bogotá 1991.
- DEVOLVÉ, Pierre. L'Acte administratif, Sirey, Paris, 1980.
- GALINDO VACHA, Juan Carlos. Lecciones de derecho Procesal Administrativo, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Acto y procedimiento administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho Procesal Administrativo - Primera Parte-, Editorial Gustavo Ibáñez - Universidad Santo Tomás, Tunja 2004.

⁷⁰ Recordemos que es el decreto 01 de 1983 el que contempla la acción contractual, como una acción independiente, dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. De tal derecho lesionado, tal acción, en Memorias V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Manual de Derecho Administrativo - Instituciones, Editorial Ariel, Barcelona, 2003.

RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.

RIVERO, Jean. De la Administración y el Derecho, en Páginas de Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Editorial Temis, Bogotá 2002.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Décimo Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Acto Administrativo, - teoría general - Tercera Edición, Editorial Legis, Bogotá 2004.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, T.II, Tercera Edición Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa, Ediciones Librería el Profesional, Bogotá, 1994.

VEDEL, Georges. Derecho Administrativo, Traducción de la Sexta Edición, Editorial Aguilar, Madrid 1980.

ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil, Editorial Trotta, Madrid 1995.