



CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS PRECONTRACTUALES

CIRO NOLBERTO GUECHA MEDINA
PROFESOR USTA

INTRODUCCIÓN

Los actos administrativos constituyen un medio a través del cual la Administración actúa para el cumplimiento de los cometidos estatales, es decir para el cumplimiento de sus fines. Esos actos deben ajustarse al ordenamiento jurídico existente, más si se trata de un Estado de Derecho como el nuestro.

En ciertas ocasiones el legislador establece ciertas circunstancias específicas al control de los actos de la administración, lo que puede llevar a que se contraríen principios de orden constitucional y principios generales de derecho, llegando a modificar instituciones de orden sustancial y procesal. Es así que el artículo 32 de la ley 446 de 1998 estableció cambios al control de legalidad de los actos previos a

la celebración del contrato estatal, lo que llevó a que se modificaran aspectos importantes de la anulación de los actos precontractuales.

El presente escrito pretende hacer claridad respecto del control de legalidad y por tal de la anulación de los actos previos al contrato estatal, partiendo de la base de un problema de estudio, que para el caso que nos ocupa se determina por: ¿EL CONTROL DE LEGALIDAD, SE MODIFICA EN EL CASO DE LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS PREVIOS AL CONTRATO ESTATAL?. Problema que nos lleva a hacer un análisis de la naturaleza de los actos precontractuales, de la disposición de la ley 446 de 1998, de la posición de la jurisprudencia, para así tomar una posición que lleve a solucionar el problema planteado.

CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS PRECONTRACTUALES

1. LOS ACTOS PRECONTRACTUALES COMO ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Los actos administrativos previos a la celebración del contrato estatal, tienen su origen en la teoría francesa de los actos separables, que surgió como reacción a la figura de la operación administrativa contractual, en el sentido de considerar todos los actos administrativos que se expidan como antecedente o consecuencia de un contrato estatal como un todo indivisible con el respectivo contrato, no pudiendo ser impugnados judicialmente en forma separada sino a través del enjuiciamiento del mismo, por intermedio de la acción contractual y no del recurso por exceso de poder que es el típico de control de legalidad. "Los actos administrativos se consideran incorporados al contrato y formaban un todo indivisible con el mismo, lo que impide que se intenten recursos independientes, sino que se debía hacer a través de la impugnación del contrato. Esta concepción era totalmente perjudicial para los terceros que no podían intentar la acción contractual".¹



La doctrina de la operación administrativa contractual dejó de ser aplicada por el Consejo de Estado francés mediante el fallo *Martin* de fecha 4 de agosto de 1905, en donde se dio paso a la figura de los actos separables a los contratos estatales. El caso *Martin* hace referencia al recurso de anulación interpuesto por el señor *Martin* consejero general en el *loir et cher*, en contra de

las deliberaciones adoptadas por el Consejo General del respectivo Departamento sobre los contratos de concesión de tranvías; es decir contra los actos administrativos que adjudicaban los respectivos contratos. La acción se fundamentaba en las irregularidades presentadas en la convocatoria al Consejo y el procedimiento seguido durante las deliberaciones, lo que hacía que los actos estuvieran afectados de ilegalidad. La Administración, con fundamento en la teoría hasta el momento aplicada de la operación administrativa contractual, argumentaba que cualquier impugnación debía hacerse a través de la impugnación del contrato; pero el Consejo de Estado consideró posible admitir los recursos interpuestos por los terceros contra los actos separables a los contratos, con el argumento de que la anulación de esos actos no conllevarían ipso facto la anulación del contrato. Con esta decisión se da nacimiento a la teoría de los actos separables. En la actualidad la noción de acto separable en la doctrina francesa, ha llegado a considerarse como tal todos los actos unilaterales que no tengan que ver con la ejecución misma del contrato.

ción misma del contrato.

En el ordenamiento jurídico colombiano la noción de acto separable ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial de naturaleza variable, ya que en algunas oportunidades se ha contemplado la posibilidad de impugnar los actos separables a través de las acciones de legalidad por considerarse independientes al contrato estatal, como en el caso del artículo 87 de Código

PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo, Tomo I, Bogotá. Editorial Librería del Profesional, 5ª Edición, 1992. p. 602

Contencioso Administrativo original del año 84, el cual preceptuaba que "los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en el Código". En otras ocasiones se les ha considerado como parte integrante del contrato y por tal razón su impugnación se hace por intermedio de las acciones contractuales y de la anulación absoluta de los contratos; es así que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 contempla en el inciso segundo que los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo; haciendo claridad de que para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos derivados de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina. Es decir que se deben aplicar los postulados que regulan la acción contractual para impugnar los actos separables, pero sin que implique la necesidad de demandar la nulidad absoluta del contrato.

El artículo 45 de estatuto contractual de 1983, da la posibilidad en igual forma de que cualquier particular pueda solicitar la nulidad absoluta de los contratos estatales, sin que se restringiera tal facultad a los directamente interesados con el mismo, mostrando con ello un amplio contenido de respeto al principio de legalidad a que deben estar sujetos los actos de la Administración.

La ley 446 de 1998 mediante el artículo 32 modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo en el sentido de establecer que 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 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Dispuso en igual forma que la in-

terposición de dichas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato y que una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. La disposición de la ley 446 de 1998, varío sustancialmente el procedimiento para atacar judicialmente los actos separables o previos a los contratos estatales, pues

"los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en el Código".

por una parte permite que sean demandados ante la jurisdicción contenciosa a través de las acciones tradicionales de legalidad antes de la celebración del contrato, por cualquier persona, otorgando un término de caducidad especial de treinta días y sujetando tal posibilidad a la no celebración del mismo, ya que si éste es celebrado, la impugnación de tales actos previos se debe hacer con fundamento en la nulidad absoluta

del contrato, es decir, por intermedio de la acción contractual y solamente por quienes tengan un interés directo en el mismo.

El artículo 32 de la ley 446 de 1998 fue demandado ante la Corte Constitucional, en cuanto a que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrán invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo. La impugnación está referida específicamente a las expresiones: "una vez celebrado éste... y solamente..." del inciso segundo del artículo mencionado o en cuestión. La Corte Constitucional se pronunció sobre la Constitucionalidad de la norma, declarándola ajustada a las disposiciones de la Constitución Política.

A raíz del procedimiento establecido por el artículo 32 de la ley 446 de 1998 para la impugnación ante la jurisdicción, de los actos previos a los contratos estatales y su posterior declaratoria de constitucionalidad, ha generado algunos criterios discutibles, referidos a los posibles restricciones al principio de legalidad y el con-

trol de legalidad de los actos administrativos a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, frente a la acción contractual, a santos que buscaremos adorar a continuación.

1.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS PREVIOS AL CONTRATO ESTATAL.

Los actos que se producen antes de la celebración del contrato estatal, han sido denominados actos separables, *actos previos o actos precontractuales*, los cuales constituyen típicos actos administrativos, ya que involucran manifestaciones de la voluntad de la administración e implican la toma de decisiones administrativas.

"El acto administrativo separable, es una decisión autónoma, dotada de individualidad, factible de impugnabilidad"²; es decir, que constituye en una decisión acusable ante la jurisdicción contencioso administrativa, ya que las simples consultas, opiniones y proyectos, no pueden ser objeto de demanda por no tener el carácter de actos administrativos. Recordemos que el Código Contencioso Administrativo contempla que sólo son susceptibles de controvertir judicialmente los actos administrativos definitivos y los actos preparatorios y de trámite en tanto impliquen una decisión definitiva o hagan imposible continuar con el trámite administrativo³.

Los actos separables precontractuales constituyen manifestaciones unilaterales de la voluntad de la Administración, con existencia propia e individualidad jurídica del contrato estatal, que los hace susceptibles de control jurisdiccional, al contener decisiones que crean modifican o extinguen algún derecho. Dichos actos por tener el carácter de previos al contrato, lo que hacen es preparar y predeterminar la decisión definitiva que no es otra que el acto administrativo de carácter bilateral denominado contrato. Recordemos que los actos precontractuales

tienen un contenido de actos preparatorios, que a diferencia de los actos de simple trámite intervienen en la decisión definitiva y no son un simple procedimiento previo; debido a que son supuesto para la misma.

La individualidad y la existencia propia de los actos separables, deja de lado tanto la teoría de la operación administrativa contractual y la de los actos indivisibles; así lo expresa el profesor argentino Roberto Dromi cuando dice: "Se supera así la teoría de los actos no separables, la que supone un todo indivisible entre procedimiento y contrato y considera incorporados a este último los actos administrativos integrantes del procedimiento de contratación constituyendo con él un

tout indivisible. De acuerdo con ella los actos previos al contrato no pueden independizarse de él y, en consecuencia, tampoco pueden ser impugnados de modo autónomo. Fundamento de esta teoría es concepto de que los actos precedentes se incorporan al contrato una vez perfeccionado, y es por eso que también solía lla-

"El acto administrativo separable, es una decisión autónoma, dotada de individualidad, factible de impugnabilidad"²; es decir, que constituye en una decisión acusable ante la jurisdicción contencioso administrativa, ya que las simples consultas, opiniones y proyectos, no pueden ser objeto de demanda por no tener el carácter de actos administrativos.

² DROMI, José Roberto. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, Tercera Edición, 2000. p. 14.
³ Código Contencioso Administrativo. Artículo 49-50. Bogotá: Editorial Temis, séptima edición, 1990. p. 26 y 27.

marse a esta concepción jurisprudencial *theorie de l'incorporation*"⁴.

El hecho que los actos precontractuales tengan naturaleza de actos administrativos independientes, genera necesariamente que estén sujetos al control de legalidad, como lo están los demás actos de la administración. Pero ese control, por tratarse de actos previos al contrato estatal, ha sufrido variaciones que en muchos casos han hecho que se tergiverse el principio de legalidad de la actividad de la Administración, pues se le ha puesto límites lo cual ha incidido directamente sobre los principios generales del control de legalidad se han visto afectados como lo analizaremos en su momento.

1.2. EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS PREVIOS AL CONTRATO ESTATAL

Los actos administrativos que se dictan antes de que se celebre el contrato estatal, deben respetar el ordenamiento jurídico existente, pues de lo contrario pueden estar afectados de ilegalidad y ser susceptibles de anulación, por medio de su impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción correspondiente.

Ese control de legalidad de los actos previos al contrato, no es un control exclusivo de los mismos sino que es parte del control genérico de todos los actos de la administración y por tal razón los principios que inspiran ese control general de legalidad deben ser aplicados a los actos precontractuales. El control de legalidad implica la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, para solicitar la anulación de los actos precontractuales resulten contrarios al ordena-

miento jurídico, en ejercicio de la acción de legalidad correspondiente.

Por su parte, los actos previos al contrato estatal, son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y nulidad con restablecimiento del derecho o de la acción contractual según el caso. En efecto el artículo 87 del C.C.A. modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998 en el inciso segundo dice: "... 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 nulidad absoluta del contrato..."⁵

Del contenido de la disposición transcrita, se puede colegir que el control de legalidad de los actos previos al contrato estatal en el ordenamiento jurídico colombiano, presenta unas connotaciones que lo hacen especial, que se reflejan en el hecho de que una vez celebrado el contrato, el mismo ya no se ejerce a través de las acciones tradicionales de legalidad y por cualquier particular, sino a través de la acción contractual como fundamento de la nulidad absoluta del contrato y solo por quienes tiene un interés directo en el mismo. Esto ha hecho que surja discusión si ese control específico de legalidad esta

modificando la esencia del principio genérico de legalidad y la naturaleza de las acciones contencioso administrativas.



⁴ DROMI, José Roberto. *La Licitación Pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990. p. 422

⁵ Ley 446 de 1998, artículo 32. En: *Código Contencioso Administrativo y Legislación Complementaria*. Bogotá: Editorial Legis, 2002. p. 209.

En efecto es pertinente decir que las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho se encaminan al control de la legalidad de los actos administrativos. Desde un punto de vista general tratándose de acción de nulidad, la cual persigue que el acto se ajuste al ordenamiento jurídico sin importar consideraciones de orden particular; y desde un punto de vista particular la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a demás de perseguir la nulidad del acto, pretende el consecuente restablecimiento del derecho vulnerado con el mismo. Por otro lado, la acción contractual no tiene en esencia un sentido de control de legalidad y se

enmarca más en un criterio particular indemnizatorio, así se deduce del contenido del inciso primero del artículo 87 de C.C.A. que establece: "*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..."⁶

Pero la ley 446 de 1998 le ha otorgado a la acción contractual características de acción de legalidad, cuando obliga a que la impugnación de los actos precontractuales se intente a través de la acción contractual cuando el contrato se ha celebrado, con fundamento en la nulidad absoluta del mismo e intentada únicamente por quienes les asista un interés directo.

Aquí la acción contractual pierde todo sentido particular y concreto y se centra en ser un control de legalidad, que muestra ciertos inconvenientes por tratarse, no de una acción propia de garantía de legalidad de los actos de la Administración, como si lo es la acción de nulidad; ya que en la caducidad, los legitimados para intentarla, e incluso los efectos del fallo, presentan características diferentes a los de la acción de nulidad, lo que genera el desconocimiento de principios de garantía para los administrados.

Por otro lado, la acción contractual no tiene en esencia un sentido de control de legalidad y se enmarca más en un criterio particular indemnizatorio, así se deduce del contenido del inciso primero del artículo 87 de C.C.A. que establece: " De las controversias contractuales.

nientes por tratarse, no de una acción propia de garantía de legalidad de los actos de la Administración, como si lo es la acción de nulidad; ya que en la caducidad, los legitimados para intentarla, e incluso los efectos del fallo, presentan características diferentes a los de la acción de nulidad, lo que genera el desconocimiento de principios de garantía para los administrados.

Por tal razón, el artículo 32 de la ley 446 de 1998 fue demandado de inconstitucionalidad por considerarse que con tal disposición se está negando el derecho de acceso a la justicia, al establecerse una extinción anticipada del término de caducidad consagrado por la norma, la cual se produce con la celebración del contrato, lo que genera inseguridad jurídica en algunos casos el término de caducidad no existe o es muy breve; en igual forma alega el actor que el Art. de la normas la, desconoce los intereses de los particulares para intentar el control de legalidad. La Corte Constitucional se pronunció sobre la legalidad de la norma acusada en sentencia C-1048 de 4 de Octu/01, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, declarándola ajustada a la Constitución, pero tal decisión la verdad no aclara las inquietudes del demandante y de gran parte de la doctrina, por lo que es conveniente analizar el fallo y sus alcances.

2. LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS PRECONTRACTUALES.

2. LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS PRECONTRACTUALES.

Es pertinente tener en cuenta cual ha sido el criterio de la jurisprudencia ante el control de legalidad y a través de la anulación de los actos previos al contrato estatal.

⁶ Decreto 01 de 1984, Artículo 87. En: Código Contencioso Administrativo. Bogotá: Editorial Temis, séptima edición, 1990, p. 38

En el ya atado pronunciamiento, la Corte Constitucional decide declarar la validez del nuevo control de legalidad de los actos previos al contrato estatal, en el sentido de permitir que una vez celebrado el contrato, la acusación de los actos precontractuales sea posible a través de la acción contractual y no de las acciones tradicionales de legalidad.

Para tomar su decisión el mentado Tribunal Constitucional hace un análisis detallado de cómo se ha manejado el criterio legal y jurisprudencial del control de legalidad de los actos separables hoy denominados actos precontractuales, a través de nuestra historia jurídica. Pero para el caso que nos ocupa es interesante decir que la Corte hace referencia al hecho de que la intención del legislador fue la de impedir la interposición de las acciones no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato, lo que demuestra que se pretendió imponer límites a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables al mismo; y además, que

la norma no desprotege los derechos de terceros participantes en la actividad contractual, ya que dichos terceros por tener un interés directo pueden pedir la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la ilegalidad de los actos previos.

El fallo del alto tribunal concluye de la siguiente manera: "De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguiente a su comunica-

ción, notificación o publicación. Pero que una vez expirado dicho término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo - interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes. En este caso, la

ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato".

Para tomar su decisión el mentado Tribunal Constitucional hace un análisis detallado de cómo se ha manejado el criterio legal y jurisprudencial del control de legalidad de los actos separables hoy denominados actos precontractuales, a través de nuestra historia jurídica.

2.1. CRITICA AL FALLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La decisión de la Corte Constitucional no puede compararse, porque desconoce el principio general de legalidad de que deben estar investidos los actos de la Administración; además exclu-

ye el derecho de terceros frente a la posibilidad de controvertir actos administrativos en ejercicio de la acción de simple nulidad y los restringe a quienes tienen un interés directo en el contrato estatal, coartando con ello el derecho que tiene todos los administrados al acceso a la administración de justicia a través de las acciones respectivas; en igual forma sin ningún fundamento cambia la naturaleza tanto de la acción de nulidad como de la acción contractual, por el simple hecho de la celebración del contrato estatal, pues el carácter de control de legalidad que le asiste a la acción de nulidad es asignado a la acción contractual que es en esencia una acción particular e indemnizatoria, por una circunstan-

cia externa como lo es la celebración del contrato estatal.

Dice la Corte al referirse a las modificaciones introducidas a la acción contractual mediante el artículo 32 de la ley 446 de 1998, que ellas buscan ampliar las garantías jurídicas reconocidas a los participantes en el proceso de contratación, pues ellos pueden demandar independientemente del contrato y desde el momento de su expedición, los actos administrativos ilegales que resulten lesivos de sus intereses; no obstante, esta posición garantista se ve acompañada por un término de caducidad corto y por la fijación de un límite a la separabilidad de los actos previos, que viene marcado por la celebración del contrato. Argumenta además que los límites establecidos pretenden dar agilidad al proceso licitatorio y estabilidad a las etapas surtidas dentro del mismo, el cual se vería entorpecido si cada uno de los actos separables se sometiera a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin término de caducidad como lo establece la regla general.⁹

Los anteriores fundamentos consignados por la Corte, sacrifican derechos de los particulares tales como es el del control de legalidad de los actos de la Administración, ya que este es ampliamente limitado cuando se deja únicamente en cabeza de quienes han participado en el proceso licitatorio o durante del proceso contractual y además cuando el término de caducidad es significativamente limitado a treinta días o más aún, cuando es extinguido por el hecho de la celebración del contrato estatal.

Cuando la Corte limita el concepto de acto separable por el hecho de la celebración del con-

trato, lo que hace es retroceder en la evolución jurisprudencial y doctrinal de la teoría del acto administrativo, pues lo está convirtiendo en un todo indivisible con el contrato celebrado y su

impugnación la sustenta en la acción contractual, que no es la acción natural de control de la legalidad. Pero además el interés general resulta altamente afectado, pues la limitación establecida en cabeza de los participantes en el proceso de escogencia de contratación, impide que los particulares puedan perseguir la protección de la legalidad, con el único argumento a que son ajenos al contrato; pero esto es bien discutible, porque a todas las personas les asiste interés en los contratos del Estado pues los mismos se realizan con recursos

públicos los cuales deben ser vigilados por los administrados.

Ahora bien, si bien es cierto el interés directo de impugnar los actos administrativos producidos como consecuencia de la actividad contractual, está en primera instancia en cabeza de quienes han participado en la licitación o selección del contratista, no es menos cierto que a quienes no han participado en dicha actividad en igual forma les asiste la facultad de controvertir tales actos, con fundamento en el carácter público de los actos de la Administración y en el interés general que les debe asistir a los mismos. Recordemos que la Administración al celebrar un contrato y con la ejecución del mismo debe buscar "el cumplimiento de los cometidos estatales, es decir los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados"¹⁰; fines a los que se les ha dado un rango constitucional¹⁰ y que ha-

***"Los poderes jurídicos que se le confieren a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio, de igual manera como sucede con los actos administrativos. La finalidad constituye, pues, un elemento esencial en la contratación administrativa"*¹¹**

⁹ Ley 88 de 1993, Artículo 3. En: Código Contencioso Administrativo, Bogotá: Editorial Legis, 2002, p. 458.

¹⁰ Constitución Política de Colombia, Artículo 2. Bogotá: Editorial Temis, 1991, p. 8.

¹¹ SOLANO SIERRA, Jaime Enrique. Contratación Administrativa. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1994, p. 198.

cen referencia al bienestar general de la comunidad, el cual debe ser garantizado por ese Estado que ahora se precia de tener el carácter de social de derecho.

Es decir, la finalidad de interés general es fundamento del contrato estatal, como bien lo afirma Enrique Sayagues Laso cuando afirma: "Los poderes jurídicos que se le confieren a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio, de igual manera como sucede con los actos administrativos. La finalidad constituye, pues, un elemento esencial en la contratación administrativa"¹¹. Como se puede ver la restricción para impugnar los actos previos o separables a los contratos, a los participantes en el proceso específico de contratación, es totalmente injustificada, pues contraria postulados de carácter general y desconoce principios de orden constitucional.

2.2. EL CONTROL DE LEGALIDAD NO PUEDE SER MODIFICADO EN LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS PRECONTRACTUALES

El control de legalidad de los actos administrativos, es consecuencia del principio genérico de legalidad de la Administración aceptado dentro de nuestro ordenamiento jurídico según este principio. Todos los actos de la Administración deben ajustarse a derecho, es decir a las normas legales que le sirven de fundamento, para así determinar que la actuación es legítima.

La actuación de la Administración encuentra en el derecho objetivo una limitación, que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación a la que en todo caso debe ajustarse¹²; lo anterior implica que aún las decisiones emi-



nentemente discrecionales deben ajustarse a los fines de la norma que la autoriza y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa¹³.

El principio de legalidad desde un punto de vista formal se determina por la jerarquía de normas, en donde las de menor rango deben respetar las de grado superior y en un sentido específico los actos administrativos deberán respetar la Constitución y la ley para que sean declarados ajustados a derecho y la presunción de legalidad que les asiste como característica sea confirmada, pues de lo contrario el acto será anulado o suspendido según el caso.

Ese respeto a la legalidad se concreta a través del control que se ejerce respecto de los actos de la Administración, dentro de los cuales se encuentran los actos administrativos y que para el caso específico que nos ocupa, se trata de los actos separables o precontractuales o previos al contrato estatal, como se le quiera denominar; control que se ejerce por intermedio de la posibilidad que se tiene de acusarlos ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuando son violatorios de normas jurídicas, a través del ejercicio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho según el caso.

La acción típica de control de la legalidad es la acción de simple nulidad, que se ejerce en interés de esa legalidad que ha sido violada y la ejerce cualquier persona por tratarse de una acción pública. Con esta acción lo único que se persigue es restablecer el orden jurídico que ha sido quebrantado con el acto administrativo impugnado, sin tener en cuenta consideraciones de orden particular o de indemnización de perjuicios, pues para tal fin; existe la acción correspondiente de nulidad y resta-

blecimiento del derecho. Pero a la par de la acción de nulidad como baluarte de garantía del principio de legalidad, está la acción de nulidad

¹¹ SOLANO SIERRA, Jaime Enrique. *Contratación Administrativa*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1994. p. 190.

¹² RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*. Caracas: Editorial Imprenta Universitaria, Universidad Central de Venezuela, Traducción de la Novena Edición, 1984. p. 94.

¹³ Artículo 36 del C.C.A.

¹³ Artículo 36 del C.C.A.

y restablecimiento del derecho, la cual con un sentido particular y concreto también busca que los actos administrativos sean respetuosos del ordenamiento jurídico superior, ya que para que exista el restablecimiento del derecho vulnerado deberá existir la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo está generando.

Los anteriores criterios de legalidad son plenamente aplicables a los actos administrativos expedidos como actuación previa a la celebración del contrato estatal, porque dichos actos tienen la característica esencial de ser decisiones y manifestaciones de la voluntad de la Administración dentro de un trámite administrativo, que si son violatorios del ordenamiento jurídico, están sujetos al control respectivo por intermedio de las acciones de legalidad mencionados anteriormente.

Cuando el artículo 32 de la ley 446 de 1998 establece que los actos previos al contrato son demandables a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, lo que hace es reafirmar el principio y el control de legalidad de los actos administrativos; pero cuando establece que el término de caducidad es de 30 días y que una vez celebrado el contrato, la impugnación de dichos actos sólo se hará como consecuencia de la nulidad absoluta del mismo es decir de la acción contractual, está modificando los fundamentos que inspiran el control de legalidad de los actos administrativos, la naturaleza de las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual; y además el carácter de actos administrativos independientes que tiene los actos separables o precontractuales.

Modifica el control de legalidad porque lo hace recaer en una acción de orden particular, sub-

jetiva y que presenta un marcado concepto indemnizatorio, como lo es la acción contractual, sustrayéndolo de las acciones de legalidad con el único argumento de la celebración del contrato.

En este caso un evento externo a la naturaleza tanto de los actos como de las acciones como es la celebración del contrato estatal, determina la modificación de los principios de control

de legalidad de los actos administrativos, lo cual es técnicamente improcedente, ya que la naturaleza de la institución no se puede modificar por la simple celebración del contrato, pues este no puede ser determinante del control que se debe ejercer tanto respecto de sus actos previos como del contrato mismo.

Cambia en igual forma la naturaleza a las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y a la acción contractual, porque surten efectos

y gozan de características diferentes a las que por naturaleza les corresponde. En efecto, cuando por el hecho de la celebración del contrato la nulidad de los actos precontractuales debe intentarse a través de la acción contractual, se le está dando a esta acción el carácter de acción de legalidad el cual es desconocido para ella, ya que se trata de una acción particular, no pública, que solo puede ser ejercida por ciertas personas vinculadas con la actividad contractual y que tiene un marcado interés indemnizatorio.

Pero esa circunstancia de la celebración del contrato, no puede determinar el carácter particular y concreto que le asiste a la acción contractual, pues lo que determina su esencia es la naturaleza del fin perseguido con la misma, que en términos del inciso primero del artículo 87

Cambia en igual forma la naturaleza a las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y a la acción contractual, porque surten efectos y gozan de características diferentes a las que por naturaleza les corresponde.

de la ley 80 de 1993 está en la declaratoria de existencia, nulidad, revisión, que se declare su incumplimiento, las declaraciones y condenas consecuenciales, todo ello con la indemnización de perjuicios que sea procedente; lo que demuestra que es un fin de orden particular y concreto, por tal razón los efectos de la decisión deben ser de tal naturaleza, es decir inter partes como consecuencia de la acción.

El carácter de actos administrativos a los actos precontractuales y confundirlas con el contrato celebrado, a todas luces es incorrecto, ya que la decisión de la Administración es lo que se constituye en acto administrativo y esa decisión no cambia en su naturaleza por la celebración del contrato.

Los actos administrativos precontractuales crean, modifican o extinguen derechos o situaciones jurídicas; dichos actos tienen existencia propia y no dependen de la celebración del contrato estatal, es así que el acto que declara desierta una licitación pública podrá demandarse de nulidad sin tener en cuenta la celebración del contrato, o el acto que adjudica la licitación podrá demandarse en igual forma así no se celebre el contrato, pues es un evento diferente al que creó, modificó o extinguló el derecho con el acto demandado. En resumidas cuentas, el carácter de acto administrativo, lo da la naturaleza de la decisión y no la celebración del contrato como lo pretende hacer el artículo 32 de la ley 446 de 1998 y la decisión de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. OBRAS NACIONALES

BETANCUR CUARTAS Jaime y otros, Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980.

BETANCUR JARAMILLO Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Conferencias Curso Internacional de Derecho Administrativo, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980.

BETANCUR JARAMILLO Carlos, Derecho Procesal Administrativo, V Edición, Primera reimpresión, Bogotá, Señal Editora, 2000.

CÓDIGO CONTENCIOSO Administrativo. Artículo 49-50, Bogotá: Editorial Temis, séptima edición, 1990. p. 26 y 27

DÁVILA VINUESA Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Bogotá, Ed. Legis, 2001.

GÓMEZ CARDONA Efraín, Derecho Administrativo Social y Democrático, Tomo I, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ Miguel, Derecho Procesal Administrativo, Tomo II, Séptima Edición, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1989.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, El Contencioso Contractual, Tercera Edición, Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003

HINCAPIÉ Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, II Edición. Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2000.

LAMPREA RODRÍGUEZ Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Bogotá, Ediciones Doctrina y ley, 1996.

LÓPEZ CORREAL Abel Ernesto, La Acción de Nulidad Contencioso Administrativa, Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1996.

LUNA BENÍTEZ Luis Alberto, Lo Contencioso Administrativo, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981.

MADRID MALO Mario, Código Contencioso Administrativo, Bogotá, Editorial Temis, 1985.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, El Control de Legalidad de los actos administrativos en Colombia, En: REVISTA OPINIÓN JURÍDICA No.2 de Octubre de 2002, Universidad de Medellín.

MOLINA BETANCUR Carlos Mario, La Transformación del Derecho Procesal Administrativo, Bogotá, Universidad del Rosario, 2000.

- PENAGOS VARGAS Gustavo, Curso de Derecho Administrativo Tomo II, Segunda Edición, Bogotá, Librería El Profesional, 1989.
- PENAGOS VARGAS Gustavo, El Acto Administrativo, Tomo I.. Bogotá, Ediciones Librería El Profesional, 1992.
- PENAGOS VARGAS Gustavo, El Derecho Procesal Administrativo según la Jurisprudencia, Parte General. Bogotá, Ediciones Librería El Profesional, 1983.
- PENAGOS VARGAS Gustavo, Nulidades y Acciones del Acto Administrativo, Bogotá, Ediciones Doctrina y ley, 1996.
- PENAGOS VARGAS Gustavo, Vía Gubernativa Acciones Administrativas, Primera Edición, Bogotá, Ediciones Librería El Profesional, 1988.
- PENAGOS, Gustavo, El Acto Administrativo, Tomo I, Bogotá: Editorial Librería del Profesional, 5 Edición, 1992. p. 602.
- QUINTERO Beatriz y PRIETO Eugenio, Teoría General del Proceso, III Ediciones, Bogotá, Ed. Temis, 2000.
- RAMÍREZ ARCILA Carlos, Fundamentos Procésales y Pretensiones Contencioso Administrativas, Bogotá, Ed. Temis, 1983.
- RODRÍGUEZ Gustavo Humberto, Procesos Contenciosos Administrativos, Parte General, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986.
- RODRÍGUEZ Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Bogotá, Ed. Temis, 1995.
- RODRÍGUEZ Libardo, Los Actos del Ejecutivo en el Derecho Colombiano, Bogotá, Ed. Temis, 1977.
- SACHICA A. Luis Carlos, Constitución Política de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1987.
- SÁNCHEZ Carlos Ariel, Participación ciudadana y Comunitaria, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- SANTOFIMIO G. Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- SARRIÁ Eustorgio, Derecho Procesal Administrativo, Bogotá, Editorial Temis, 1963.
- SENTENCIA C - 1048 de Octubre 04 de 2001, Magistrado Ponente Doctor MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- SOLANO SIERRA Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1994. p. 190.
- TASCON Tulio Enrique, Derecho Contencioso Administrativo Colombiano, Bogotá, Ed. Minerva, 1954.

VIDAL PERDOMO Jaime, *Derecho Constitucional General*, Segunda Edición, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1981.

VIDAL PERDOMO Jaime, *La Justicia Administrativa en Colombia*. Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1978

VIDAL PERDOMO Jaime, *Manual de Derecho Administrativo*, Undécima Edición, Bogotá, Ed. Temis, 1997.

WILCHES MARTÍNEZ Sólón, *Manual de Derecho Administrativo General, Derecho Colombiano*. Bogotá: 1974.

2. OBRAS EXTRANJERAS

BREWER CARIAS Allan, *Ley Orgánica del Procedimiento Administrativo y el Contencioso en el Procedimiento Administrativo*, Archivo de derecho Público y Ciencia de la Administración. Vo. IV, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981.

CANASSI José, *Derecho Administrativo*, Vo. II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974.

CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Periot, 1982.

COUTURE Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958.

DE LAUBADERE André, *Manual de Derecho Administrativo*, Bogotá, Ed. Temis 1984-

DIEZ Manuel Maria. *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1976.

DROMÍ José Roberto, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991.

ESCOLA Hector, *Tratado General de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1975.

FRAGA Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Ed. Porrúa, 1986.

GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomas Ramon, *Curso de Derecho Administrativo*, Sexta Edición, Madrid, Ed. Civitas, 1993.

GARCÍA TREVIJANO FOS José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1968.

GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II. Segunda Edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.

GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, Primera Edición Colombiana. Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE, 1998.

- HAURIUO Maurice, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ed. Ariel, 1980.
- MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- MARCEAU Long y otros, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Francesa Primera Edición en Español*, Bogotá, Ediciones Librería el Profesional, 2000.
- PAREJO ALFONSO Luciano y otros, *Manual de Derecho Administrativo Quinta Edición*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998.
- PAILLET Michel, *La Responsabilidad Administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- POKROUSKI V.S. y otros, *Historia de las Ideas Políticas*, México, Ed. Grijalbo, 1996.
- RIVERO Jean, *Derecho Administrativo*, Traducción de la novena edición, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- RIVERO Jean, *Derecho Administrativo*, Traducción de la novena edición, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- SAYAGUES LASO Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1974.
- VEDEL Georges, *Derecho Administrativo*, Traducción de la Sexta Edición Francesa. Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.

3. REVISTAS

- REVISTA OPINIÓN JURÍDICA No. 2 de Octubre de 2002, Universidad de Medellín.
- REVISTA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXXI Bogotá 2002.