

Una propuesta de desaparición de la acción contractual, en el control de los contratos administrativos¹

•

Ciro Nolberto Güechá Medina²

•

Recibido: marzo 12 de 2008

Aprobado: abril 23 de 2008

Resumen

Los contratos administrativos, en cuanto procedimientos, deben estar subordinados al principio de legalidad, determinado por el control que se hace respecto de los mismos, a través de las acciones contencioso administrativas.

En efecto, las acciones contencioso administrativas constituyen el medio adecuado para el control de legalidad del contrato y de los demás actos dictados dentro del procedimiento de contratación. Acciones como la de simple nulidad, nulidad con restablecimiento del derecho y la acción contractual son utilizadas para dicho control.

Pero la naturaleza de las acciones contencioso administrativas como el contrato y de los demás actos dictados en la actividad de contratación indican cómo debe ser ese control; por lo que no puede existir una asignación caprichosa de competencias, vulnerando principios generales referentes al contrato, las acciones y el control de legalidad.

-
- 1 El artículo es producto de investigación en contratación administrativa, del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja – Colombia titulada "La contratación estatal y la responsabilidad del Estado por actos de corrupción", financiada por esta misma institución y terminada en el primer semestre de 2008.
 - 2 Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja - Colombia; abogado especializado en Derecho Administrativo; magíster en Derecho Procesal; magíster en Derecho Administrativo; postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca, España y doctorando en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Doctorando en Derecho de la Universidad Alfonso X de Madrid España. cguecha@ustatunja.edu.co

Si nos atenemos a que el contrato administrativo debe considerarse como acto administrativo, a que las acciones de legalidad por naturaleza son las de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho y a que la acción contractual es una acción indemnizatoria no se justifica la existencia de esta última, dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave

Acción, control, legalidad, acto, contrato, nulidad.

A Proposal to Eliminate Contractual Action in Administrative Agreement Control

Abstract

The contracts are administrative proceeding, it must be subordinate to the principle of legality, which means that there must be mechanisms to be effective this principle, which is determined by the control is done in respect of them, Through administrative actions contentious.

Indeed, the contentious administrative actions, are the right way to the legality of the contract and other acts issued within the recruitment process. Actions as simple nullity, invalid with restoring law and contractual action are used for such control.

But the nature of the contentious administrative actions such as contract and other acts on the dictates of recruitment activity, indicating that control how it should be, so that there can be no allocation of powers capricious, violated general principles relating to the contract, actions and the control of legality.

If we stick to the contract should be regarded as administrative act, to the legality of actions by their nature are simple nullity and invalidity and restoration of law and that the contract action is an action for compensation; not justified the existence of this last, in the Colombian legal system.

Key words

Action, control, law, act, contract invalid.

METODOLOGÍA

La investigación es analítico descriptiva, con amplias referencias en el derecho comparado y en la jurisprudencia, lo que permite que el análisis sea adecuado a una propuesta seria de investigación. En efecto, el aspecto doctrinario y jurisprudencial permitió al grupo de investigación determinar criterios argumentativos que dan lugar a debate académico.

INTRODUCCIÓN

La existencia de un control referente a los contratos administrativos determina la necesidad de hacer un estudio de cómo ha operado tal control dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en la medida que existen mecanismos como las acciones contencioso administrativas para efectuarlo.

En efecto, el control de legalidad de los contratos administrativos se hace normalmente a través de la acción contractual, que es de carácter indemnizatorio, principalmente; además, existen, dentro de nuestro sistema jurídico, otras acciones que sí son de legalidad en sentido estricto. El presente artículo hace referencia a que el control de legalidad de los contratos administrativos se debe realizar a través de las acciones propias de legalidad, por lo que se propone la desaparición de la acción contractual como mecanismo de control de los contratos que celebra el Estado.

MARCO GENERAL

El mecanismo idóneo para realizar el control de legalidad de los actos administrativos está constituido por las acciones contencioso administrativas, pues son ellas las encargadas de efectuar el control a los contratos y a los actos previos al mismo³, en cuanto 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 (Ramos, 2003)⁴.

Pero si las acciones contencioso-administrativas son el mecanismo para dicho control, éste no ha operado en cuanto a buscar la anulación de los actos dictados dentro del procedimiento de contratación, entre ellos, el contrato administrativo, cuando tales actos contrarían el principio de legalidad mencionado, puesto que el control 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 de 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 (decreto 01 de 1984, 1984)⁵.

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

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

4 Para Ramos (2003) el principio de legalidad implica tres aspectos del control, como son: la normativa jurídica, la jerarquía normativa, igualdad jurídica y la razonabilidad; todos aplicables al control de los actos contratos.

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".

una consagración expresa, en el sentido de qué acción era la que controlaba la legalidad de los actos precontractuales; así, entonces, el control de los actos administrativos se dejó 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 (decreto 2304 de 1989, 1989)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; en esta norma da la facultad de utilizar tanto las acciones de legalidad (como son la de nulidad y de la nulidad y restablecimiento del derecho) como una acción indemnizatoria que es la acción contractual, para efectuar el mentado control (ley 446 de 1998, 1998)⁷, con un único requisito, para poder utilizar una u otra acción, el cual se determinó en la celebración del contrato estatal.

Es así como 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 ejercicio⁸; con ello se modifica la esencia del control de legalidad de los actos administrativos en general y de los medios para realizarlo, ya que las acciones de nulidad y

nulidad y restablecimiento del derecho frente a la acción contractual, como se analizó anteriormente, presentan características, término de caducidad, titularidad y efectos del fallo que las diferencian, por la sencilla razón que unas y otras son diferentes en su esencia y especialmente en el fin que persiguen⁹.

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, 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

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 CCA 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.

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.

ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato..." (Código contencioso administrativo, artículo 87)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 estarían 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 celebrado¹¹.

Esta impugnación 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 según la Corte, 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; tal

interés está en cabeza de quienes participaron en la licitación o concurso, ya que son ellos los que van a ver afectados sus derechos de orden patrimonial particular (sentencia C-1048 de 2001, 2001). En esa misma medida, ni los actos precontractuales ni el contrato administrativo 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 son 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 y del contrato, 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 y al contrato mismo.

10 El Artículo 87 del C.C.A. fue 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.

1. LOS ACTOS DICTADOS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL 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 control se realiza esencialmente a través de dos acciones: la de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que las mismas 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 (Santofimio, 1998). Esta situación se concreta en la consagración que hace el legislador en cuanto a la acción de nulidad (decreto 01 de 1984, 1984)¹², así como a la de nulidad y restablecimiento del derecho (decreto 01 de 1984)¹³, en las cuales se puede solicitar la anulación de un acto administrativo por ser contrario al ordenamiento jurídico.

Tal circunstancia no varía, en cuanto a la referencia que se puede hacer de 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 principio 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 distinguen de

qué actos administrativos se trata, sino que los determina en forma general¹⁴.

Lo anterior es lógico, en la medida que el principio de legalidad, en cuanto a la preservación del ordenamiento jurídico, es uno (Bocanegra, 2005)¹⁵, y por tal razón, los medios que se deben utilizar para hacerlo efectivo deben ser uniformes. Esta condición se refleja en la consagración 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, sino que el mismo opera como consecuencia de la ilegalidad de los actos frente a la ley, donde no existe distinción de respeto, sino obligatoriedad de la misma para regular la libertad del particular y el poder ilimitado del Estado frente a la regulación, por línea de principio (Zagrebelski, 1995).

2. 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, sino que, por el contrario, en nuestra legislación y jurisprudencia se ha consagrado la posibilidad de realizarlo a través de la acción contractual.

12 Ver el artículo 84.

13 Ver al artículo 85.

14 Cuando el artículo 84 del Código contencioso administrativo (decreto 01 de 1984, 1984) 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 Código Contencioso Administrativo, quien también hace alusión a la nulidad de actos administrativos en forma general.

15 Bocanegra 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 (Bocanegra, 2005, p. 79).

Por mandato legal, se ha permitido que, debido a que la acción contractual es, fundamentalmente, de carácter indemnizatorio, ella 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, en consonancia con la idea de la operación administrativa contractual de que hablaban los franceses (Devolvé, 1980). 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 casos 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 (Ortega, 2001, p. 91).

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; esto 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, con lo cual se generó confusión, ya que

se estaba contrariando la institución de los actos complejos (Sánchez, 2004)¹⁶, en cuanto a que la impugnación de estos debe comprender todas las decisiones de la Administración que sean interdependientes, esto es, que la existencia de unas determine la existencia de otras. Esta situación 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.

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 de 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 mismo para ser impugnados (Consejo de Estado de Colombia, 1994 A), lo cual generaba confusión, 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 modificada 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 ejercerlo (Consejo de Estado de Colombia, 2001 A)¹⁷. Así, en el evento de la celebración del contrato, los actos que se hayan dictado previos

16 Sánchez expresa que el acto administrativo complejo es una manifestación de la voluntad estatal, formada por pronunciamientos sucesivos (Sánchez, 2004).

17 Establece el Consejo de Estado 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.

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 jurídica (Consejo de Estado de Colombia, 1995); 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 (Corte Constitucional de Colombia, 1999).

a. 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, sino que 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. Se presenta de esta manera una legitimación en la causa por activa, que podemos denominar cualificada, en el sentido de que son quienes participaron en el procedimiento administrativo de contratación los llamados a ejercer dicho control (Consejo de Estado de Colombia, 1999)¹⁸.

La situación sería clara, si 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, en esa medida la acción se estaría ejerciendo en interés de la legalidad; más aún, podría ejercerse en interés de la comunidad. 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, determina cuáles son las causales de nulidad en forma genérica¹⁹, y establece quiénes están legitimados para solicitar la misma. En este evento hace claridad, en el sentido que cualquier persona puede solicitar la nulidad absoluta del contrato²⁰; con ello deja 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 de 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

18 El Consejo de Estado 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.

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

20 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..." (ley 80 de 1993, 1993).

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 (Corte Constitucional de Colombia, 1999)²¹. Tal argumentación 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 1998²²; 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 está 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.

b. 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 consagrado para la acción contractual en el CCA, 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 (artículo 136 del decreto 01 de 1984, 1984).

Tal término de caducidad amerita argumentaciones, 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; ello determina que el término para solicitar la nulidad absoluta del contrato empieza a correr antes de la existencia del mismo; pero, ade-

21 Agrega La Corte constitucional 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.

22 El artículo 87 del Código contencioso administrativo (Decreto 01 de 1984, 1984) 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.

más, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha contemplado una caducidad de la acción de 20 años (Consejo de Estado de Colombia, 2005 A), con fundamento en los términos de prescripción de la responsabilidad derivada de la actividad contractual²³.

Pero, si la nulidad absoluta del contrato y del acto precontractual se configuran por existir contrariedad frente al ordenamiento jurídico, lo que se busca con la acción contractual es la protección del mismo, por lo que la existencia de término de caducidad, cuando se trata de pretensiones que solo impliquen legalidad, contraría la esencia del principio, ya que la ilegalidad no puede ser subsanada por el simple transcurso del tiempo, ni para la causal, ni 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 legalidad²⁴. 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.

3. LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL NO LE DA EL CARÁCTER DE ACCIÓN DE LEGALIDAD A LA ACCIÓN CONTRACTUAL

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 planteado (Güechá, 2004), 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 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 la obligación de someterse a la ley (Consejo de Estado de Colombia, 1996). 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 Administración²⁵; por esta razón, los eventos que determinan la procedencia de

23 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.

24 Rivero resaltando el principio de legalidad dice: "La Administración, durante mucho tiempo dueña de sus actos, debe insertarlos en el marco trazado por la legalidad" (Rivero, 2002, p. 185); que es lo que precisamente se intenta proteger por las acciones contenciosas de legalidad.

25 Santofimio 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 irremediamente al reconocimiento de indemnizaciones pertinentes como consecuencia de los perjuicios ocasionados" (Santofimio, 1998, p.551).

esta acción se identifican con los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas, la ocupación de inmuebles por trabajos públicos²⁶, pero no los actos administrativos²⁷.

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 solo excepcionalmente de legalidad, cuando se habla de la nulidad absoluta del contrato²⁸; esto es claro, cuando la norma del *Código contencioso administrativo* permite la posibilidad de solicitar la existencia, la revisión, el incumplimiento, la nulidad del contrato, pedimentos todos, para lograr que se condene a la Administración a indemnizar los perjuicios causados²⁹.

Entonces, si la acción contractual persigue fundamentalmente fines de indemnización de perjuicios, la misma presenta características de acción subjetiva, particular y de orden patrimonial³⁰, y solo 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.

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 estatales³¹; 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 contratista³².

Y en tales circunstancias, el acuerdo de voluntades que implica el contrato³³, una de

-
- 26 El artículo 86 del Código contencioso administrativo, contempla los eventos de procedencia de la acción de reparación directa.
- 27 El Consejo de Estado 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 (Consejo de Estado de Colombia, 2005 B).
- 28 El artículo 87 del Código contencioso administrativo contempla los pedimentos que comporta la acción contractual.
- 29 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.
- 30 Santofimio la identifica como una acción que por regla general es de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional (Santofimio, 1998).
- 31 Solano 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 (Solano, 1994, p. 33).
- 32 Por principio de derecho, el interés general debe condicionar el interés particular y no a la inversa.
- 33 Ariño 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" (Ariño, 1968, p. 3).

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 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 contrato, 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 ello, la naturaleza indemnizatoria de la acción contractual se mantiene, y la pretensión de convertirla en acción típica de legalidad contraría postulados de lógica argumentativa, en cuanto se torna contradictoria la decisión con los supuestos que la determinan³⁴.

Lo anterior no quiere decir que el contrato administrativo no esté cobijado por el principio de legalidad, pues 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 pueden ser obvias, debido a la naturaleza bien especial que implican los contratos. No obstante, 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, que es la 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 perjuicios³⁵, 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 (Consejo de Estado de Colombia, 2000).

34 Bernal 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 (Bernal, 2005).

35 El Consejo de Estado 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*" (Consejo de Estado de Colombia, 1990).

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, 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.

4. LOS ACTOS PRECONTRATUALES, 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-administrativa, como expresión concreta de la protección del principio y del sometimiento de la Administración a la ley en sentido genérico³⁶.

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 celebra-

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.

ción del contrato administrativo se alejan de determinar que las acciones de legalidad sean remplazadas 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 remplazado 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 legalidad³⁷.

Cuando el principio constitucional faculta a la jurisdicción contencioso-administrativa para suspender los efectos de los actos administrativos³⁸, 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

36 Gallego y Menéndez muestran 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 (2001, p. 53).

37 Parejo 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 (2003, p. 71).

38 El artículo 238 constitucional, consagra que la jurisdicción contenciosa 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.

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 de 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 demás actos administrativos y por tal, las acciones procedentes para buscar su anulación no son otras que las acciones de legalidad³⁹.

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.

a. 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 legalidad⁴⁰, mientras que en la segunda, intereses particulares de orden

patrimonial son los que se buscan proteger con la acción⁴¹.

Pero esa disparidad de intereses que se presentan en las dos acciones tradicionales de nuestro contencioso administrativo, en realidad, se identifican 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 en 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 acción⁴².

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

39 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.

40 Betancur 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 (Betancur, 1980, p. 38).

41 Para Betancur, 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 (Betancur, 1980, p. 38).

42 Santofimio, 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 (Santofimio, 1998).

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 administrativa⁴³.

Esta argumentación es plenamente aplicable al control de los actos contrato, 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.

b. 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 concurso (Corte Constitucional de Colombia, 2001), 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 que el interés directo para impugnar actos administrativos originados en la actividad contractual está en quienes participaron en la licitación o concurso, esto se justificaría en cuanto a que la impugnación contenga un sentido patrimonial

de orden particular, en 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 legalidad⁴⁴. 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 (artículo 3 de la ley 80 de 1993, 1993); fines que tienen un rango constitucional (Constitución Política de Colombia, 1991), 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.

43 Chapus, muestra como 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 (Chapus, 2001, p. 4).

44 El Consejo de Estado muestra como el interés general, determina el carácter público de las acciones de legalidad (Consejo de Estado de Colombia, 1994 B).

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 ni, mucho menos, cuando son entregados al contratista para la ejecución del contrato; esto es así, que 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 (decreto 2170 de 2002, 2002), 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.

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

En este caso, la naturaleza del acto 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 contenciosoadministrativa, como lo plantea el profesor Juan Carlos Henao (2005)⁴⁵.

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 legalidad⁴⁶; 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 contratación⁴⁷.

Si se analizan desprevenidamente las normas del *Código contencioso administrativo*, que hacen referencia a las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho⁴⁸, nos podemos dar cuenta de 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 poseen las decisiones de la Administración es lo que condiciona la clase de acción a instaurar⁴⁹.

En las anteriores circunstancias, las decisiones unilaterales de la Administración son controladas judicialmente a través de las acciones de legalidad como consecuencia de

45 Henao expresa que el daño, entendido como lesión de un derecho, caracteriza la acción (Henao, 2005).

46 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.

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

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

49 Vedel, dice que los actos administrativos, son decisiones ejecutorias de la Administración pública, en ejercicio de una prerrogativa pública (Vedel, 1980, p. 139).

que las mismas dependen de la clase de actos que controlan. Por tal razón, en principio, no es posible instaurar una acción de reparación directa en contra de un acto administrativo, sino frente a un hecho o una omisión administrativa, porque la naturaleza de estos no constituye decisión de la Administración, sino simple mecanismo de actuación, pero con una connotación de involuntariedad en los mismos⁵⁰; 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; y 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 actos⁵¹.

En las anteriores circunstancias, 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

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. ●

el mecanismo idóneo para ejercer el control de legalidad de los contratos, y, por tal, no es 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 derecho⁵².

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 más 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.

d. Las acciones de legalidad, el mecanismo idóneo para el control de los contratos: la desaparición de la acción contractual

No puede ser otra la argumentación que finalice el presente artículo sino la que hace referencia a la naturaleza y al control de legalidad de los contratos, lo cual se deduce de todo

50 Rodríguez, expresa que los mecanismos de actuación de la Administración son: los actos, los hechos, las operaciones, las vías de hecho y las omisiones (Rodríguez, 2002).

51 Galindo, 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 (Galindo, 2003).

52 El Consejo de Estado de Colombia 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 acto administrativo que se anula, si es el caso" (Consejo de Estado de Colombia, 2001 B).

el estudio realizado. Esto nos lleva más allá, pues nos permite proponer la viabilidad de la desaparición de la acción contractual como mecanismo de control del contrato estatal o administrativo⁵³.

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 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.

CONCLUSIONES

1. El contrato administrativo tiene la naturaleza de acto administrativo, lo que determina

que el control frente al mismo se asimile a los demás actos administrativos.

2. Las acciones propias de legalidad son las de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, sustrayéndose entonces a dicho control, a la acción contractual.
3. La acción contractual tiene naturaleza indemnizatoria, por lo que no se puede utilizar la misma para controvertir legalidad de los actos dictados dentro del procedimiento de contratación.
4. El control de legalidad debe ser público, y en esa medida no se pueden fijar limitantes al mismo, en cuanto a la legitimidad para establecer la acción que persiga la garantía del ordenamiento jurídico, como lo hace la acción contractual.
5. No se justifica la existencia de la acción contractual, cuando en el ordenamiento jurídico colombiano existen acciones propias de legalidad, que permiten el control de todos los actos administrativos, entre ellos el contrato.

BIBLIOGRAFÍA

Ariño, G. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.

Bernal, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Betancur, C. (1980). *Derecho procesal administrativo, Conferencias Curso Internacional de Derecho Administrativo*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

Bocanegra, R (2005). *La teoría del acto administrativo*. (1º Ed.). Madrid: Editorial Iustel.

Chapus, R. (2001). *Droit Administratif général*. Paris: Monchrestein.

Devolvé, P. (1980). *L'Acte administratif*. Paris: Sirey.

53 Recordemos que es el decreto 01 de 1984 (1984) el que contempla la acción contractual, como una acción independiente, dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Galindo, J. C. (2003). *Lecciones de derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Gallego, A. & Menéndez, Á. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Güechá, C. N. (2004). *Derecho procesal administrativo—Primera parte*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez – Universidad Santo Tomás.

Henao, J. C. (2005). *De tal derecho lesionado, tal acción* En *Memorias V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ortega, J. (2001). *Estatuto de la contratación estatal*. Bogotá: Temis.

Parejo, L. (2003). *Manual de derecho administrativo – Instituciones*. Barcelona: Editorial Ariel.

Ramos, J. (2003). *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

República de Colombia. (1984). *Decreto 01 de 1984*.

República de Colombia. (1989). *Decreto 2304 de 1989*.

República de Colombia. (1998). *Ley 446 de 1998*.

República de Colombia. (1993). *Ley 80 de 1993*.

República de Colombia. (2002). *Decreto 2170 de 2002*.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (1990). *Auto de 15 de noviembre de 1990, expediente 2339*.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sección Tercera*. (1994 A). *Sentencia de marzo 10 de 1994, expediente 9118*.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sección Cuarta*. (1994 B). *Providencia del 05 de agosto de 1994, expediente 5530*.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sección Tercera*. (1995). *Auto de 26 de mayo de 1995, expediente 9360*.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sección Tercera*. (1999). *Sentencia de 7 de octubre de 1999, expediente 10610*.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sección Tercera*. (2000). *Sentencia de 7 de septiembre de 2000, expediente 12856*.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2001 A). *Sentencia de 13 de diciembre de 2001, expediente 19777.*

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (2001 B). *Sentencia de mayo 4 de 2001, expediente. 5013.*

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2005 A). *Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente 28060.*

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2005 B). *Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 27842.*

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala Plena. (1996). *Sentencia de julio 3 de 1996, expediente S – 612.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1999). *sentencia C – 221 de abril 14 de 1999.*

República de Colombia, Corte Constitucional (2001). *Sentencia C – 1048 de 2001.*

Rivero, J. (2002). *De la Administración y el derecho, en Páginas de Derecho Administrativo.* Bogotá: Editorial Temis.

Rodríguez, L. (2002). *Derecho administrativo general y colombiano.* (13ª Edición). Bogotá: Editorial Temis.

Sánchez, C. A. (2004). *Acto administrativo, - teoría general -.* (3º Ed.). Bogotá: Editorial Legis.

Santofimio, J. O. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I.* (3º Ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. O. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II.* (3º Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Solano, J. E. (1994). *Contratación Administrativa.* Bogotá, Colombia: Ediciones Librería el Profesional.

Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo.* (6º Ed.). Madrid: Editorial Aguilar.

Zagrebelki, G. (1995). *El derecho dúctil.* Madrid: Editorial Trotta.