

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del catálogo en línea, página web y Repositorio Institucional del CRAI-USTA, así como en las redes sociales y demás sitios web de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor, nunca para usos comerciales.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-USTA

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Reformular el concepto de acto administrativo separable en la actividad de contratación estatal para proponer un proceso integrado de adquisiciones con un mecanismo único de control

Adel Francisco Pacheco Arrieta

Tesis de grado presentado como requisito para optar por el título de Magíster en Derecho

Director

Dr. Oscar Mauricio Reina García

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

2020

Tabla de contenido

Introducción	9
Capítulo I	14
1.1 Relación de la teoría del acto separable en el con texto del derecho como orden normativo y su nexos con el derecho administrativo.....	14
1.2 Elemento diferenciador del acto administrativo en relación con otras actuaciones de la administración.....	20
1.3 Marco normativo de la contratación pública en el derecho nacional.....	25
1.4 Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial del acto administrativo separable.	28
1.5 Decaimiento de la teoría de la indivisibilidad, estructuración de las etapas y la participación de terceros en el proceso contractual.	43
Capítulo II	53
2.1 Identificar los controles de los actos administrativos unilaterales expedidos con ocasión y en la actividad contractual.	53
2.2 Medio de control de nulidad	53
2.2.1 Características del medio de control de Nulidad.	55
2.2.1.1 Noción del principio de legalidad.	57
2.3 Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho	58
2.3.1 Características de la Acción de Nulidad y Nulidad y restablecimiento del derecho.	59
2.4 Diferencia entre acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho	60
2.5.1 Características del medio de control de controversias contractuales.....	63
2.6 Medios de control de legalidad vs medio de control de controversias contractuales	65

Capítulo III.....	68
3.1 Efectos de la teoría del acto separable	68
3.2 Efectos en cuanto a la jurisdicción y competencia	69
3.3 La legitimación en la causa para atacar los actos, la consecuencia de su impugnación	74
3.3.1 Terceros en la Contratación Estatal.	75
3.3.2 Qué es Interés Directo.....	80
3.4 Medios de control para la impugnación de los actos separables y el contrato.	87
3.4.1 Acto administrativo de apertura.....	92
3.4.2 Revocatoria directa del acto administrativo de apertura.	93
3.4.3 El pliego de condiciones.	94
3.4.4 Rechazo de Ofertas.	99
3.4.5 El acto administrativo de adjudicación.	100
3.4.6 Acto administrativo que declara desierta la licitación.	103
3.4.7 Término de Caducidad de la Acción.....	105
Capítulo IV Propuesta.....	111
4.1 Conclusiones	121
Referencias bibliográficas.....	123

Lista de tablas

Tabla 1. *Prestaciones de nulidad y restablecimiento – Prestaciones de controversias contraciales*

..... 114

Lista de figuras

<i>Figura 1. Jerarquía normativa del proceso de adquisiciones.....</i>	118
<i>Figura 2. Esquema gráfico del proceso integral</i>	119
<i>Figura 3. Legitimación en la Causa.....</i>	120

Resumen

Analizaremos la teoría de la operación administrativa contractual o teoría de la indivisibilidad, las repercusiones del fallo Martín y el origen de la teoría de los actos separables, así como las consecuencias que esta teoría tuvo en cuanto: I. Jurisdicción y competencia; II. La legitimación en la causa para atacar los actos, la consecuencia de su impugnación; III. La legitimación en la causa para atacar los actos, la consecuencia de su impugnación, para luego reformular esta teoría dentro de un concepto integral.

Palabras clave: Actos precontractuales, Acto separable, Contratación estatal, Fallo Martín, Medio de control de controversias contractuales, Procesos contractuales.

Abstract

We will analyze the theory of contractual administrative operation or the theory of indivisibility, the repercussions of the Martín ruling and the origin of the theory of separable acts, as well as the consequences that this theory had in terms of: I. Jurisdiction and jurisdiction; II. The legitimation in the cause to attack the acts, the consequence of its challenge; III. The legitimation in the cause to attack the acts, the consequence of its challenge, to later reformulate this theory within an integral concept.

Keywords: Martín ruling, Separable act, Pre-contractual acts, State contracting, Means of controlling contractual controversies, Contractual processes.

Introducción

El derecho francés constituye un referente obligado en el estudio del derecho administrativo y la teoría general del acto administrativo, no son pocos lo que le atribuyen el origen y desarrollo de esta rama del derecho a la cultura jurídica francesa, la eclosión de acontecimientos políticos de indiscutible trascendencia como la revolución francesa, el movimiento enciclopedista, los aportes de las instituciones jurídico-políticas, el desarrollo jurisprudencial para controlar las decisiones de la administración pública contribuyeron al desarrollo del derecho administrativo, rama del derecho que comprende la teoría del acto administrativo, la contratación administrativa, la responsabilidad patrimonial del Estado en su denominación moderna y todo lo relacionado con la teoría y concepción de los servicios públicos, la administración pública, temas que fueron sensibles en la historia política francesa así como en otras naciones.

Sucesos globales como la revolución francesa aportaron elementos de juicio de mucho interés para las nacientes naciones latinoamericanas y de otras orbe, el pensamiento ilustrado de gran repercusión en la filosofía política contemporánea, la concepción de principios como de legalidad, soberanía nacional, la división de poderes, el recurso por exceso de poder constituyen un semillero que con el tiempo aflora en una disciplina jurídica que abarca todo este conjunto de instituciones, denominada derecho administrativo y en otras; incuestionables en el desarrollo general del derecho público, que se nutre de toda esta elaboraciones producto del derecho francés, en este sentido el tratadista Rodríguez (2015) afirma:

Además, por ser el derecho administrativo un derecho esencialmente jurisprudencial, su historia va ligada al origen y evolución de la jurisdicción administrativa, la cual también

nació en Francia y fue adoptada y desarrollada por otros países. Este derecho diferente y especial para la administración es el *derecho administrativo*.

Ahora hay estudiosos que no comparten directamente esta idea como los tratadistas Perdomo Vidal y Molina Betancur (2016), quienes afirman:

...ya no podemos utilizar la tradicional ecuación derecho administrativo igual a administración pública, debemos adoptar un concepto amplio de derecho administrativo que tiene relación tanto con la administración pública (criterio orgánico), que es órgano que lo representa, como su actividad (criterio funcional) que puede no ser representada por dicho órgano, pero que por la intervención del estado o la importancia de la actividad podría seguir o salir de la competencia del derecho administrativo.

Enunciamos estas dos posiciones sin tomar partido alguno dado que tenemos otros objetivos, el aporte jurisprudencial en el desarrollo del derecho administrativo fue de innegable trascendencia a tal punto que su contribución trascendió el entorno doméstico para ser un gran aportante al derecho comparado, es así como decisiones contenidas en el fallo Blanco del 08 de febrero de 1873, emanado del Tribunal de Conflictos francés, determinó la necesidad de tener normas especiales para las relaciones entre la administración pública y los particulares, el fallo Cadot de 1889 donde el Consejo de Estado Francés se arroga la facultad de conocer de todos los, litigios administrativos, el fallo Pelletier que crea el concepto de culpa personal, la falla del servicio y la repartición de responsabilidad entre la administración y el funcionario responsable, constituyen un hito que el derecho administrativo moderno honra todavía.

De todo este legado obligadamente por ser de interés de nuestro trabajo, debemos resaltar el fallo Martín del 04 de agosto de 1905, este fallo cambió el paradigma de la teoría de la operación administrativa, esta teoría denominada teoría de la indivisibilidad o su denominación en francés

cono *Théorie de l'incorporation*, el fundamento de la teoría era el siguiente (del Valle Tavares Duarte, 2001):

La teoría de los actos no separables se sustenta en apreciar un todo indivisible: entre los actos y el contrato administrativos, también denominado contrato de derecho público, o, entre los actos administrativos y el contrato de derecho privado, entendidas ambas categorías contractuales como actos bilaterales celebrados por la administración pública en calidad de parte.

Precisamos que el decreto 222 (Ministerio de Justicia, 1983), que entró a regir el 02 de febrero de 1983, derogado por la ley 80 de 1993, de nuestra legislación nacional, contemplaba los contratos de derecho privado en su art. 16 clasificaba los contratos administrativos¹ y en el último inciso prescribía:

Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.

En el contexto de la teoría citada, los actos administrativos expedidos en función de la actividad contractual y el contrato mismo constituían un todo indivisible, esto es, era inexistente la

¹Artículo 16. De la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos:

1. Los de concesión de servicios públicos.
2. Los de obras públicas.
3. Los de prestación de servicios.
4. Los de suministros.
5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos.
6. Los de explotación de bienes del Estado.
7. Los de empréstito.
8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento cinematográfico -FOCINE-.
9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y
10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

posibilidad de ejercer un control a los actos administrativos en forma independiente al contrato, o dicho de otra forma, el medio de control que se ejercía contra el contrato era el mismo para los actos administrativos expedidos en la actividad contractual respectiva, sin que existiese posibilidad jurídica de ser aislados para su correspondiente control, de ahí el apelativo de la teoría: un todo indivisible.

En este sentido el tratadista Güecha Medina (2015), referente al tema manifiesta:

La Administración con fundamento en la teoría de la operación administrativa contractual, argumentaba que cualquier anulación² 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 de los contratos, con el argumento de que la anulación de estos no conllevaría *ipso facto* la anulación del contrato. Con dicha decisión da nacimiento a la teoría de los actos separable.

En nuestra tesis argumentaremos, de conformidad con los principios de la función administrativa, que la contratación estatal debe tener una perspectiva de proceso algorítmico e integral, en la cual el acto separable le damos otra connotación, en nuestro sentir, más real jurídicamente, con plena congruencia con los principios de la función administrativa, aclarando que no es una versión mejorada de la teoría de la invisibilidad sino una forma práctica y útil de concebir la contratación estatal.

Realizaremos el análisis de la teoría de la indivisibilidad, la teoría del acto separable con todo su efecto partiendo de nuestro modelo jurídico, y por último plantearemos nuestra propuesta a partir de la concepción algorítmica del proceso contractual llegar a un solo medio de control.

² El recurso de anulación equivale en nuestro derecho Nacional al medio de control de nulidad simple.

Esta propuesta no hace un corte drástico a toda la historia de la contratación estatal, pero si reformula aspectos que hoy consideramos poco útiles como seguir el esquema vigente de la contratación por etapas.

El fundamento de esta tesis estriba en que la contratación estatal obedece a unos fines definidos por el legislador, estos cometidos constituyen el eje de toda la contratación y se despliegan de principio a fin, sin que sea necesario establecer pausas para que estos se realicen, ya que estos propósitos son algorítmicos, están presentes desde la planeación hasta la liquidación del proceso, no solo se liquida un contrato, se liquida un proceso activo y dinámico y muchos casos controvertido durante su vigencia, el contrato es tan solo un documento integrante del proceso, pero el proceso va mucho más allá del contrato, constituye el límite que condiciona toda decisión o voluntad en torno a la contratación, y ese proceso reiteramos tiene un eje que son los fines de la contratación.

Igualmente, es necesario ampliar el espectro de terceros con interés directo para controlar toda la actividad contractual que se ejerce dentro del proceso, hacemos referencia a la veeduría ciudadana, quien más legitimados para controvertir las decisiones de un proceso contractual que las veedurías, éstas no tendrían sentido sino representan a la sociedad, ultima beneficiara de las obras bienes y servicios contratados.

El ejercicio del control ciudadano debe extenderse desde la misma planeación hasta la forma como se liquida el proceso contractual y los efectos que se extienden más allá de la liquidación.

A partir de esta introducción desarrollaremos el marco teórico, expondremos nuestra propuesta. Dentro de los objetivos del presente trabajo no se consagra posición alguna respecto de los procesos de selección del contratista, tal propósito desbordaría nuestra proposición referida únicamente a los medios de control que proponemos debe ser único frente al proceso contractual.

Capítulo I

1.1 Relación de la teoría del acto separable en el con texto del derecho como orden normativo y su nexo con el derecho administrativo.

Este primer capítulo tiene un norte característico cual es ubicar el acto separable a que rama del derecho pertenece o se ha desarrollado, cada rama del derecho ha tenido un desarrollo específico y unos principios que la identifican particularmente, a partir de ahí estableceremos la conexión del acto separable con dicha rama, para el caso que nos ocupa, el acto separable como especie del acto administrativo, es objeto de estudio y análisis propios del derecho administrativo, esto nos permitirá identificar los medios de impugnación propios de esta rama del derecho, conocimiento que nos permitirá alcanzar el objetivo deseado.

Constituye una primera pretensión, en esta elaboración, delinear el concepto general de Acto administrativo, son diversos los autores que se han ocupado del tema con acertada precisión por lo que escogemos una muestra sin que ello signifique alguna tendencia sobre el tema.

Consideramos que el concepto de acto administrativo sea la primera parte del desarrollo de nuestro tema porque más adelante, no referiremos al tema del acto administrativo en un segmento más estrecho, esto es, solo al concepto de acto separable y acto precontractual, para desarrollar nuestra propuesta y así enrutarnos hacia nuestra finalidad.

El concepto de acto administrativo está ligado a la rama del derecho denominado Derecho Administrativo, constituye este el eje fundamental de esta rama autónoma del derecho, la cual es nutrida por conceptos que diversos autores tienen sobre ella, sin detenernos a realizar una completa

evolución sobre este concepto, sí nos soportamos en algunos de ellos con el fin de encajar el desarrollo de este trabajo.

Un primer acercamiento a la definición de derecho administrativo la extraemos del tratadista Rodríguez (2015), quien lo define de la siguiente manera:

El conjunto de principios y reglas jurídicas que tienen por objeto regular la organización de la administración pública y la actividad administrativa de las entidades públicas y de las personas privadas que participan en esa actividad que son afectadas por ella.

Los tratadistas Vidal Perdomo y Molina Betancur (2016) nos ilustra con la definición de derecho administrativo:

En esos términos el derecho administrativo se podría definir como aquel régimen jurídico que se aplica a las actividades del gobierno y de las autoridades descentralizadas o desconcentradas, salvo las relaciones diplomáticas con estados, con los organismos internacionales y con aquellos que tengan que ver con los otros poderes del Estado, que ponen en obra el poder público del Estado o actúan con fines de interés general o de servicios públicos.

Siguiendo este orden de definiciones el tratadista Gómez Cardona (1995), sobre esta temática, dice: Y sobre el contenido, Weil Conceptúa:

Derecho administrativo es, en su acepción más amplia e inmediatamente perceptible, el conjunto de reglas definidoras de los derechos y obligaciones de la administración- es decir, del gobierno y del aparato administrativo. Regula uno de los tres poderes del estado, que, además, es el más poderoso: este rasgo fundamental, tan ligado a las bases constitucionales (Vedel), no debe pasarse por alto, si es que quiere entenderse el derecho administrativo.

Básicamente el derecho administrativo, de conformidad con estas definiciones regula todo lo atinente a la administración pública, su organización y actividad, así como a particulares que se afecten por dicha actividad o hacen parte de la organización de la administración pública y derechos y deberes de los administrados.

En sintonía con esta afirmación se refiere el profesor Vidal Perdomo (2004); “El derecho administrativo está vinculado a la noción de administración; el estudio de la estructura y de la actividad de la administración constituye la temática principal del derecho administrativo”.

Explica el profesor Rodríguez (2015, pág. 30) en la obra citada, refiriéndose al tema del efecto de la aplicación del Derecho Administrativo a los particulares:

Así, por ejemplo, si la administración celebra un contrato con un particular allí se aplicará el derecho administrativo no solo a la administración sino también al particular contratante, Igualmente cuando la administración dicta normas unilaterales, esas normas y los principios de derecho administrativo se aplicarán a los particulares que sean titulares de las sanciones a que ellas se refieren.

La definición propone en forma diáfana los límites del derecho administrativo, es como si esta rama del derecho al regular la administración pública comprendiera todo aquello que sobre ella orbitase.

Siguiendo esta orientación marcada por la definición anotada, observamos que ella comprende la actividad administrativa, por ser pertinente nos detendremos a explicar que se entiende por actividad administrativa, el profesor Bastidas Bárcenas (2014) en su texto elaborado con base en una ponencia leída por el autor en el Congreso Internacional de ANDESCO, celebrado en junio de 2013, dice:

En síntesis, el papel del ejecutivo y de su andamiaje, la administración del Estado, desempeña dos grandes actividades. La primera es la que se expresa a través de actos administrativos y se conoce como función pública administrativa. Empero, los actos administrativos difieren de forma muy notoria según se trate de actos particulares y concretos, que son los actos administrativos propiamente dichos. O se trate de los reglamentos. Estos son expresión de un poder de legislación sucedáneo, complementario y de una jerarquía inferior al poder que ejerce el legislativo propiamente dicho.

La actividad de la administración, entendida esta como la ejecución de distintas actividades y la continua toma de decisiones para el cumplimiento de los fines del estado, lo que se denomina función pública, entendida esta, en palabras de la honorable Corte Constitucional (1998) de esta forma:

En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. art. 123).

En otro aparte de la misma decisión judicial la Corte Constitucional respecto del concepto de función pública dice: “Es función pública, como dice Maggiore, toda actividad que realice fines propios del Estado, aunque la ejerzan personas extrañas a la administración pública” (1955).

El Estado está dotado de mecanismos para desplegar toda esa actividad que le permite cumplir con los fines establecidos constitucionalmente, dichos mecanismos tienen tipificación legal, esto es, tienen regulación expresa en nuestro sistema jurídico, el ejercicio de la administración pública no admite la menor posibilidad del arbitrio de los servidores públicos quienes se les ha encomendado la tarea de administrar el Estado, precisamente esta actividad tiene los controles establecido por el legislador a fin de darle coherencia, legitimidad y concordancia con el régimen jurídico establecido.

Ahora, no obstante, lo anterior, es preciso dejar claro, que aún la regulación para que las decisiones de quienes tienen investidura de servidor público se ajusten al orden legal vigente, ciertas actuaciones están por fuera de ese orden legal, como quien quiere que estos eventos suceden sin la voluntad lícita previa de la administración, así, como eventos que se separan abiertamente de procedimientos y prescripciones de orden legal, o en exceso.

Sea que la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines, se exprese con voluntad o carente de ella, el legislador atendiendo el concepto de estado social de derecho, ha diseñado los controles para qué el mismo Estado así como los administrados tengan legitimación cuando quiera que dicha actividad está por fuera del orden jurídico y mediante qué medio de control pertinente lograr un pronunciamiento de la autoridad judicial para que mediante decisión vinculante desate la legalidad o ilegalidad de la actuación o declare la responsabilidad patrimonial, si es del caso, con el consecuente resarcimiento de perjuicios.

Para el tratadista citado Rodríguez (2015), sobre los mecanismos jurídicos de actuación de la administración, dice: “Desde el punto de vista jurídico la actividad de la administración se realiza por intermedio de varios mecanismos: los actos, los hechos, las operaciones, las vías de hecho y las omisiones”.

Los actos administrativos son objeto de clasificación a efectos de su comprensión, son variadas las clasificaciones según los diversos autores, aquí citaremos la clasificación de Gómez (1995 pág. 209) “según el contenido los actos son actos regla y actos subjetivos. Los actos reglan son de contenido general, impersonal y abstracto, que van dirigidos a un número indeterminado e indeterminable de personas, que se encuentran en condiciones semejantes. ... El acto subjetivo es el acto de contenido concreto y particular que va dirigido a un número determinado o determinable de personas, que crea situaciones jurídicas concretas e individuales.

Según el grado de vinculación con la ley el acto es: Reglado. Cuando no se deja ninguna libertad de acción, se controla todos los extremos de la decisión... Discrecional: La ley no le marca todas las pautas al administrador, sino que le deja muchas posibilidades a su iniciativa.

Según el ámbito territorial. Nacional, departamental, municipal, distrital, provincial, regional. Aun metropolitano. Según el orden a que pertenezca la autoridad que lo expide.

Atendiendo al número de voluntades que intervienen para la formación del acto, este puede ser simple o complejo. Simple es cuando intervienen una sola voluntad, no quiere decir voluntad física por que el acto de un cuerpo colegiado es de una sola voluntad por la simultaneidad de las individuales; y es complejo cuando las voluntades que intervienen con carácter decisorio no son simultaneas sino sucesivas. ...

Desde el punto de vista de la libertad de iniciativa con que actúa el sujeto se pueden clasificar en Actos de oficio o actos que necesitan petición o coadyuvancia. Los actos de oficio son aquellos en que las administraciones tienen libre iniciativa, que es la norma general por que el acto administrativo es unilateral. Excepcionalmente solicitud del interesado. ...

Por su forma puede ser expreso o presunto. Son expresos cuando la actuación administrativa normalmente termina con una decisión expresa que puede ser escrita u oral, y son presuntos o fictos

cuando la ley supone que se tomó la decisión para solucionar el problema del silencio administrativo.

Según los efectos, son actos de trámite, definitivos y de ejecución. ... son de trámite los que forman parte de un expediente, pero no están dirigidos a poner fin a una actuación sino a impulsarla. ... se producen después de emitido el acto definitivo y se encaminan a la ejecución del mismo habla de actos de ejecución. ... lo que caracteriza el acto administrativo definitivo es que es la declaración de voluntad de la administración, en todo caso susceptible de impugnación.”

El acto separable de conformidad con la definición que analizaremos más adelante, el cual para efectos de este primer capítulo son los expedidos en la etapa precontractual, como acto administrativo despachados en la actividad contractual puede encajarse en cualquiera de estas clasificaciones perfectamente según el enfoque que se le dé y la consecuencia que tenga, que la doctrina ha elaborado en detalle, algunas basadas en norma legal, otros estudiosos del tema tendrán según su criterio otras clasificaciones en el mismo nivel de importancia del autor citado en este trabajo.

En cuanto a los actos administrativos precontractuales están analizados en el capítulo III de esta obra.

1.2 Elemento diferenciador del acto administrativo en relación con otras actuaciones de la administración.

Un elemento diferenciador fundamental para distinguir el acto administrativo en relación con las otras actividades de la administración, es la manifestación de voluntad acorde al orden constitucional y legal, significa lo anterior que aquella manifestación de voluntad desprovista de un fundamento vinculante al ordenamiento jurídico vigente no se considera acto administrativo, que

es la actividad administrativa que vamos a enfatizar, dicha manifestación de voluntad debe producir los efectos jurídicos contenido en una norma, de lo contrario, el acto administrativo no cumpliría su efecto teleológico. En este sentido la Corte Constitucional (2000) tuvo este pronunciamiento:

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a la constitución o principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón de la naturaleza coercitiva del acto desde su expedición o notificación, pues se presume su legalidad.

El tratadista Gómez Cardona (1995, págs. 207-208), sobre el concepto de acto administrativo, dice: “La definición más corriente y comúnmente aceptada es la del francés Marcel Waline: Acto jurídico de un administrador calificado como tal, susceptible por sí mismo de producir efectos jurídicos” el mismo autor en otro aparte de su obra, dice:

El acto administrativo es un acto de la administración, la cual puede ser tanto jurisdicción como legislación, es decir no importa a que rama u órgano pertenezca el funcionario, siempre que obre en ejercicio de la función administrativa; además los particulares, lo pueden excepcionalmente emitir... Acto administrativo es pues, en principio, la voluntad de un administrador calificado como tal que tenga capacidad de producir efectos jurídicos...

En esta misma línea el profesor Lamprea Rodríguez (1996, pág. 68), dice: “... declaración de autoridad, en ejercicio de la función administrativa y cuya consecuencia natural es producir efectos jurídicos sobre la situación de las personas”.

Muy respetadas todas las posturas transcritas, es concluyente la definición de acto administrativo, y su estrecha relación con el acto separable, relacionamiento que sucede porque el acto administrativo separable es una especie de acto administrativo, siendo aquel el expedido solamente en la etapa precontractual como lo vamos a demostrar.

Así como el acto administrativo emana especialmente de la administración, esta condición constituye el criterio para el tratamiento judicial con respecto a tales actos, el orden jurídico contempla una jurisdicción especial para el juzgamiento del acto administrativo entre otras atribuciones de la jurisdicción contenciosa administrativa, precisamente estos mecanismos de que está dotado la actividad de la administración, dan la especificidad de la jurisdicción del contencioso administrativo, no es otro el mandato del art. 104 del CPACA o ley 1437 de 2011, que preceptúa (Mora Caicedo, 2017, pág. 71):

La jurisdicción de lo Contencioso administrativo esta instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos y contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que están involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Consecuente con lo anterior, definiremos que son hechos, operaciones, las vías de hecho y las omisiones, la definiremos para diferenciarlas del acto administrativo como manifestación de voluntad en ejercicio de la función administrativa concepto que le otorgamos especial relevancia

porque es el género al cual pertenece el acto separable, al respecto Bustamante (1997) citando al Consejo de Estado, sobre operaciones administrativas dice:

...se le señala como el conjunto de actos suyos a cuyo través se cumple o se quiere cumplir voluntariamente una finalidad jurídica de servicio público, y cuya causa inmediata es una decisión oral escrita, ya oral de la misma administración. Más como de ordinario el particular solo se entera de ella cuando va a cumplirse por la ejecución de los actos que señalan su finalidad, es decir, los hechos culminantes del proceso. ...sobre la definición de hecho, dice: El hecho administrativo se presenta cuando un agente del Estado en razón de sus funciones relacionados con su cargo observa un comportamiento positivo que lesiona el interés ajeno o bien cuando incurre en omisiones en el cumplimiento de sus deberes que no están, en consecuencias jurídicas, reguladas expresamente por la ley y que también lesiona el derecho ajeno. Define las vías de hecho así: cuando la administración obra en ejercicio de un pretendido derecho que realmente no tiene, o cuando en ejercicio de un derecho que realmente tiene obra con ausencia total del procedimiento legal o aplicable distinto al señalado por la ley, es decir, es la arbitrariedad de la Administración la que queda escuetamente a la observación. En lo atinente a las omisiones: considera es la abstención de un acto, de una intervención o de una iniciativa que es obligatoria para el servidor público o la entidad administrativa, en virtud de sus funciones o servicios que le corresponde (Pág. 62).

Sin entrar en discusión si el contrato estatal es o no un acto administrativo, el art. 32 de la ley 80 de 1993, define el contrato estatal de la siguiente forma:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en

disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.

La bilateralidad que caracteriza los contratos y específicamente el contrato estatal contrasta con los actos administrativos expedidos dentro del proceso contractual que son de formación unilateral, esto es, el contrato estatal no solo genera obligaciones para las partes, sino que dentro de un determinado proceso contractual sirve de causa para generar actos administrativos expedidos, esta especie de actos es lo que denominamos de modo genérico acto separable, en este sentido evidenciaremos si el concepto de acto separable se aplica a los expedidos a lo largo de toda la actividad contractual o solo a los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual, sin perder de vista que todos los actos administrativos decretados a partir de la firma del contrato solo son susceptibles de impugnación a través del medio de control denominado “controversias contractuales”, aclaración que consideramos pertinente por lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 141 de la ley 1437 de 2011 (CPACA), que expresa: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”, en todo caso hay que tener en cuenta lo relacionado con la acumulación de pretensiones, a esta altura del trabajo puntualizamos que la ley 1437 de 2011 entró en vigencia el 02 de julio del año 2012, antes de esta fecha sobre el tema del acto separable se había desatado un importante debate en lo que nos corresponde lo registramos en este trabajo.

Debemos hacer una precisión relacionada entre el vínculo de un contrato estatal y un acto administrativo, la bilateralidad del primero excluye la unilateralidad del segundo, o por el contrario es compatible la naturaleza de uno con la del otro, sobre este aspecto dice Vidal y Molina (2016).

Y por esto dentro del circuito jurídico que forman los contratos se presentan actos administrativos. La adjudicación es un acto unilateral que responde a presupuestos de la teoría del acto administrativo; no obstante, su unilateralidad, marca el encuentro de las voluntades y clausura en cierta forma el circuito contractual (pág. 374).

El contrato estatal inicia con una serie de manifestaciones de voluntad de formación unilateral y culmina en un acuerdo de voluntades, es una correlación de voluntades que nos lleva a concluir que la incompatibilidad entre actos bilaterales y unilaterales está proscrita en el iter contractual, ambas especificaciones de voluntad están atadas en un mismo nexo jurídico y una misma finalidad.

Anotado lo anterior, la actuación de la administración o función administrativa se expresa mediante actos y contratos, a diferencia de las actuaciones de las otras ramas del poder público, es así como el poder legislativo se expresa mediante leyes en sentido general y el poder judicial mediante autos y sentencias.

Como conclusión preliminar podemos aseverar que lo que distingue esencialmente el acto administrativo de las demás actividades del Estado es la manifestación lícita de la voluntad tendiente a producir los efectos jurídicos que el derecho le atribuya, esto es, la manifestación de la voluntad se forma, se ejecuta y modifica el orden jurídico pero estos efectos son los deseados por los preceptos legales y constitucionales.

1.3 Marco normativo de la contratación pública en el derecho nacional.

La construcción jurídica de la contratación Estatal como se le denomina en nuestro derecho nacional, ha evolucionado desde el derecho privado a un sistema normativo integrado por el derecho privado y el público, al igual que en el derecho comparado, sin embargo hay una distinción esencial

entre las dos, la contratación estatal es reglada, esto es, desde la planeación hasta las etapas de los distintos procedimientos se ciñen estrictamente al principio de legalidad, entendido este según el profesor ya citado Lamprea Rodríguez (1996, pág. 63) de la siguiente forma: “El principio de legalidad es el respeto a los preceptos superiores, como la Constitución y las normas que a ella se someten...”, todos los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas relacionados con la contratación deben respetar las normas legales que rigen el proceso contractual, pero aun siendo el marco normativo rígido siempre hay un margen para el consentimiento interpartes en aplicación al principio de autonomía de las partes, mientras que en el derecho privado este principio constituye la piedra angular de la contratación, aunque igualmente se ciñe al principio de legalidad, la autonomía de la voluntad de las partes en la estructuración de las reglas contractuales públicas es más restringido, de ahí la razón de ser del art. 13 del estatuto general de contratación, que manifiesta: “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

Se desprende de esta disposición que el estatuto general de contratación no agota todo el tema de la contratación estatal, es necesario en variados aspectos acudir en forma supletiva a la legislación comercial y civil pertinente, aspectos como los requisitos de existencia y validez, los contratos nominados en tales legislaciones que no lo están en el estatuto general de contratación, las solemnidades establecidas aunque el contrato estatal es solemne³ por disposición legal, la legislación civil regula el tema de la escritura pública para la afectación de inmuebles, la cesión de derechos derivados del contrato etc. Son temas a los que es necesario acudir con plena eficacia en

³Ley 80 de 1993, art. 41: Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se eleve a escrito.

la contratación pública, En este sentido el tratadista Rico Puerta (pág. 112) en relación con el tema dice:

El carácter supletivo de los regímenes civil y comercial en materia contractual estatal, impone examinar la noción de contrato en el ordenamiento civil, sus requisitos de existencia y validez, dado que partiendo de la definición de acto jurídico examinando elementos tales como la capacidad, el consentimiento, la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades, ha de concluirse que respecto de la actividad contractual estatal también ellos han de ser tenidos en cuenta, con las particulares precisiones que la especial naturaleza del sujeto y la actividad estatal requieran, puesto que su ausencia puede generar inexistencia o anulabilidad del proceso contractual pública.

Pero la malla integradora de las normas y principios contratación estatal va mucho más allá, hace parte de la base legal los principios de la función administrativa y los principios generales del derecho, aspectos sobre los cuales se pronunció el Consejo de Estado (2013) en estos términos:

En esa perspectiva, con arreglo a la ley 80 de 1993 se estableció un sistema de contratación estructurado en una nomoárquica que garantiza la aplicación de los postulados de la función administrativa del artículo 209 constitucional, los relativos a la contratación privada –civil o comercial–, los generales del derecho y los del derecho administrativo.

Ahora bien, las particularidades del Estatuto General de contratación en relación con la contratación estatal, se refiere a que las decisiones y el impulso en materia contractual, se toman mediante actos administrativos, como forma de expresión de la administración pública, esta serie de actos administrativos es lo que se denomina comúnmente actos separables, de los cuales unos se expiden en base al orden legal y otros supeditados a la existencia del contrato, aunque en ambos casos se observa el principio de legalidad como fundamento de su obligatoriedad.

Somos críticos frente al paradigma de los actos separables, si bien algunos actos administrativos dependen de la existencia del negocio jurídico otras son decisiones conforme al principio de legalidad, todos obedecen a la realización de un proceso que atiende los fines de la contratación, esta es la razón por la cual nos separamos de la noción de acto separable, sea cualquiera la etapa que defina su denominación, lo que tradicionalmente se conoce como acto separable es en realidad a nuestro juicio un acto administrativo que hace parte integral del proceso contractual.

Lo que si vamos a precisar es que la contratación administrativa como se le denomina a la contratación estatal en el derecho comparado, es más antigua que la introducción del concepto de acto separable en el derecho de la contratación pública, en otras palabras, la evolución del concepto de acto separable no es concomitante con el inicio de la contratación administrativa, esto es, el acto separable no siempre ha tenido vida jurídica desde el comienzo de la contratación administrativa, pero en la historia del derecho francés el acto separable si tiene un punto de partida, ese momento en la jurisprudencia francesa inicia con el fallo Martin⁴.

El acto separable tiene vida jurídica dentro del marco normativo establecido para los procesos contractuales regulados en el Estatuto General de Contratación pública compilado en el decreto 1082 de 2015.

1.4 Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial del acto administrativo separable.

La influencia del derecho francés en la estructuración y desarrollo del sistema jurídico nacional es incontrovertible, en gran parte nuestra institucionalidad jurídica sienta sus bases en el derecho francés, no escapa de esta premisa lo atinente a los contratos administrativos denominados en

⁴Decisión sobre la admisión del Consejo de Estado francés del recurso de anulación interpuesto por el señor Martín sobre las deliberaciones del Consejo General

nuestro derecho interno Contratos Estatales, en este entorno surge la necesidad de escudriñar en el derecho francés lo atinente al acto separable, siendo este la fuente de la noción objeto de nuestro análisis.

En relación con el acto separable el fallo Martín divide la historia en un antes y un después, queremos indicar con esto, que la génesis del acto separable comienza con este antecedente, antes de esta determinación jurisprudencial la noción de acto separable no se había edificado, el punto de partida tanto para la historia jurídica como para la evolución legal, lo constituye esta resolución judicial, este veredicto se produce en el marco de la cultura jurídica francesa con particular influencia en el derecho nacional, con mayor autoridad sobre la materia el profesor Güecha Medina (pág. 177), dice:

Los actos precontractuales se originan en el derecho francés con la teoría de los actos separables dictados dentro de la actividad de contratación de la Administración Pública, en donde surge como consecuencia de la evolución del concepto de operación administrativa contractual, que determinaba la existencia de unidad indivisible del contrato y los actos dictados durante dicha actividad.

Antes del fallo Martín, existía lo que se llamaba la operación administrativa contractual, que explicaba la contratación como una unidad jurídica integrada por el contrato y los actos administrativos emanados como consecuencia del contrato administrativo, como unidad era un todo indivisible lo que se llamó en Francia *Théorie de l'Incorporation*, es decir, los actos administrativos no tenían independencia frente a la acción contractual, ellos (los actos) debían controlarse a través de la acción contractual como se denominaba antes, con total restricción de quienes no hacían parte del contrato pero potencialmente afectados por tales actos unilaterales, en opinión del profesor Güecha Medina (pág. 177) sobre el tema afirma:

Fue a través del fallo Martín, que el Consejo de Estado Francés dio origen a la denominada clase de actos administrativos separables, atacables a través del recurso de anulación propio de los actos administrativos y no a través de la acción contractual, como se venía haciendo con las operaciones administrativas contractuales.

En similar sentido del Valle (2001), sobre el particular sostiene:

La *Théorie de l'Incorporation*, cuyo primer expositor en el ámbito doctrinal es Laferrière, resulta de las conclusiones pronunciadas por el comisario de Gobierno David del Consejo de Estado Francés el 2 de marzo de 1877, con ocasión del *arret Intitute Catholique de Lile* al expresar:

Creemos poder resumir la jurisprudencia diciendo que los actos de tutela administrativa, cuando han sido precedidos o seguidos de contratos que aprueban o autorizan, no pueden independizarse... de estos contratos que completan y en los cuales se confunden, para ser anulados directamente, bien por el Consejo de Estado en vía contenciosa, bien, y con mayor motivo por la autoridad administrativa, de la cual emanan (en Boquera Oliver, 1963: 183).

Con estrecha relación del tema analizado, el abogado Rosito Arbia (1994) escribe:

“En un primer momento es admitida en Francia la teoría del “*tout indivisible*” (el todo indivisible): los actos de tutela administrativa cuando son previos o a posteriori a contratos que aprueban o autorizan, forman un todo indivisible con el contrato y no pueden ser atacados ni por recursos administrativos ante el órgano del cual emanan, ni ante la jurisdicción contenciosa – administrativa....De acuerdo con ella los actos previos al contrato no pueden independizarse de él y, en consecuencia, tampoco pueden ser impugnados de modo autónomo.”

Así como se le atribuyen al fallo blanco el inicio y fundamentación del derecho administrativo, especialmente en lo que tienen que ver con la responsabilidad administrativa del Estado, podemos

afirmar que el fallo Martín hace parte de toda la evolución del derecho administrativo con un nivel de impacto comparable a dicho apotegma, se erige un hito en cuanto al nacimiento de lo que se conoce como acto separable. El fallo Martín (2000, pág. 56) hace referencia a un recurso sobre varias deliberaciones adoptadas por el Consejo General sobre las concesiones de Tranvías, el recurso es presentado por el señor Martín, consejero general⁵ sobre el cual se pronunció el Consejo de Estado Francés el 04 de agosto de 1905, apartes de dicha decisión transcribimos:

II Es admitido que los actos de naturaleza contractual no pueden ser atacados por vía del recurso de anulación, no solamente porque se trató de actos bilaterales y que, en la concepción tradicional, el recurso de anulación es un proceso hecho al acto unilateral de una autoridad administrativa, sino también porque la existencia de un recurso paralelo ante el juez del contrato obstaculiza la admisibilidad del recurso de anulación.

Antes de 1905 esa inadmisibilidad concernía, además del contrato en sí mismo, todos los actos administrativos, aún unilaterales, que lo habían preparado y hecho posible, se decía, que esos actos constituían un todo indivisible con el contrato y que no podía en consecuencia demandarse hasta tanto este último no fuera definitivo. Esta jurisprudencia presentaba graves inconvenientes para los terceros que no disponían de impugnación frente al contrato; el comisario del gobierno Romieu propuso declarar admisibles los recursos interpuestos por los terceros contra los actos administrativos separables del contrato, entendiéndose, por otro lado, que la anulación de esos actos no conllevaría “*ipso facto la del contrato*”.

Podemos deducir con este veredicto primero, que a partir de allí se crea la doctrina del acto separable, esto es, ya los actos unilaterales y el contrato, aquellos dictados en su desarrollo no integra un todo indivisible con el contrato, por el contrario los actos administrativos unilaterales

⁵El Consejero General, se equipará en nuestro sistema de Administración Pública en Colombia a un diputado.

son susceptibles de aislarse para ser controvertidos individual e independientemente al contrato; en segundo término, los actos separables pueden controvertirse por personas ajenas a quienes suscribieron el contrato, lo que determinamos como terceros, por ser ajenos a los contratantes.

En relación con la con el medio de control para controvertir el acto separable y la legitimación por parte de terceros para examinar en sede judicial los actos administrativos unilaterales se constituye un progreso en el desarrollo de la contratación administrativa, el todo indivisible, que es la forma como se denominan el paradigma en el cual no era susceptible separar el acto administrativo unilateral de contrato, se quebrantó. Igualmente, los terceros, esto es, los no contratantes no tenían la remota posibilidad de controvertir tales actos, eran ajenos absolutamente a cualquier litigio que se desprendiera en torno a la contratación administrativa, ahora, sí este tercero tuviese interés legítimo en controvertir dichos actos, el esquema jurídico planteado desde la teoría de la indivisibilidad negaría cualquier acceso a la justicia con el fin de formular sus pretensiones.

Lo que consideramos no acertado es la denominación de separable, el hecho de individualizar los actos administrativos unilaterales del contrato, para ser enjuiciados lo desglosa absolutamente de los fines de la contratación, que es el eje central tanto de tales actos como del contrato en sí, sobre esta denominación de “*separable*” hemos manifestado nuestro desacuerdo.

Un primer intento, que vale la pena registrar, por acoger la teoría del acto separable en el contexto jurídico Nacional lo detectamos en un concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado⁶ en 1969, que hizo un razonamiento relacionado con tales actos: “Las operaciones administrativas susceptibles de descomponerse en distintos actos jurídicos, como los contratos, pueden dar lugar a acciones de nulidad diferentes, bien contra el contrato mismo o contra los actos que lo anteceden. Aunque se trata de una misma operación, algunos actos pueden

⁶Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, 18 de abril de 1969.

independizarse para que los tribunales examinen su validez ante la ley, dentro de las competencias establecidas y con la finalidad propia de cada una de las acciones que se ejerciten.

Así, en el proceso administrativo contractual los actos que autorizan el contrato admiten su confrontación con la ley, en acción de nulidad, para determinar si se ajustan a las competencias y a los procedimientos que señala, pero sin que en el ejercicio y decisión de esta demanda pueda invalidarse el contractual que se reserva en forma privativa al competente para conocer de las controversias relativas a contratos celebrados por la administración”

Y la razón de ser que los actos administrativos denominados precontractuales tuviesen medios de control, diferente al otorgado a las partes del contrato, no es otro que los terceros tengan legitimación para atacar dichos actos, este sería como un primer impacto de la teoría, pero hay otros efectos, dentro de los cuales destacamos los relacionados con:

- a. La Jurisdicción y competencia;
- b. La legitimación en la causa para atacar los actos separables, la consecuencia de su impugnación;
- c. y las acciones contenciosas administrativas adecuadas para intentar la impugnación;
- d. Caducidad de los medios de control;

En conclusión, la teoría del acto separable, considera que los actos administrativos dentro de la actividad contractual se pueden aislar del contrato, por no depender de él, concepción que permite la impugnabilidad de los actos por parte de terceros, la intervención de estos terceros se ha condicionado a que el sujeto debe demostrar un interés directo, en el medios de control contemplado para el contrato como lo es de la de controversias contractuales solo para solicitar la nulidad absoluta del contrato, los actos separables son autónomos en relación con la existencia del

contrato, nacen a la vida jurídica previamente a la existencia del contrato y se rigen bajo el principio de legalidad.

Con dos ejemplos ilustramos como nuestro máximo tribunal de lo contencioso, ha tenido respecto del concepto de acto separable, posiciones diferentes, la primera consagrada en el auto de fecha 06 de abril de 1987 y la segunda en el auto 9118 del 10 de marzo de 1994, esta diferencia nos lleva a pensar en dos hipótesis del acto separable, una primera nos conduce a considerar que el acto separable es aquel acto administrativo unilateral expedido en la actividad contractual en cualquiera de sus etapas, una segunda nos conduce a razonar que el acto separable es aquel acto cuyo control en un medio distinto al contractual expedidos antes del perfeccionamiento del contrato o etapa precontractual, esto es, los que tienen como medio de control las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

En el contexto del fallo Martín el concepto de acto separable surge a partir de la admisión por parte del Consejo de Estado francés del recurso de anulación interpuesto por el señor Martin contra las deliberaciones que desembocó en un contrato, como tal su conocimiento era del juez del contrato.

Como observamos en el contexto aludido el contrato estaba suscrito, solo que se admite el recurso de anulación sobre las deliberaciones previas al contrato, en un contexto actual, tales deliberaciones serían una actividad precontractual, pero el medio de control fue interpuesto en el fallo citado la etapa contractual.

Al respecto el tratadista Dromi (1977, pág. 421) en su obra “*La Licitación Pública*”, dice: “Los Actos Pre-contractuales ¿SON SEPARABLES O INDIVISIBLES? _ El contrato administrativo resulta de una serie de actos unilaterales previos de la administración que no forman un “*todo indivisible*” sino que se los disocia confiriéndoles individualidad jurídica....

Los distintos tipos de actos que han intervenido en la formación del contrato son separables (détachables), susceptibles de ser aislados y atacados por lo medio jurídicos que la ley autoriza.

Este criterio fue adoptado por el Consejo de Estado Francés (1903) en el *arret commune* de Gore, pero el fallo que sentó la doctrina fue el *arret Martin* del 4 de agosto de 1905”

Al referirse el tratadista a “los distintos actos que han intervenido en la formación del contrato” está haciendo una clara alusión a los actos previos a la celebración del contrato, el cual son actos separables, en este sentido debemos hacer claridad, si lo que se denomina acto separable son los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual o son todos los actos administrativos expedidos en las distintas etapas susceptibles de ser individualizados.

En este sentido, el estatuto General de Contratación nacional, establece en su art. 77, inciso segundo: “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles de recursos de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”⁷.

La norma hace explícita referencia a los actos separables, primero porque solo menciona los actos administrativos y porque son impugnados administrativamente mediante el recurso de reposición, en segundo término menciona los que se produzcan “*con motivo u ocasión de la actividad contractual*”, dicción que fué precisada por el Consejo de Estado (2006) al examinar al art. 77 original de la ley 80 de 1993 de la siguiente forma: “De tal disposición además se concluye que el Legislador se refiere en forma diferente tanto frente a los actos administrativos que se profieren con ocasión de la actividad contractual (para ser demandados en ejercicio de la acción contractual), como frente a los actos administrativos que devienen en la o de la actividad contractual (para ser demandados en ejercicio de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho). Así los

⁷El Código de Procedimiento Administrativo de lo contencioso administrativo (ley 1437 de 2011) entró en vigor el 02 de julio de 2012, derogando el Código Contencioso Administrativo.

primeros actos enunciados surgen a la vida jurídica luego de que el contrato se celebra y, los segundos nacen antes del contrato, y se denominan actos separables o precontractuales.

Esas consideraciones se apuntalan con el contenido del numeral 7, del artículo 24 de la ley 80 de 1993, que también incluye expresiones distintivas frente a los actos que se expiden **en la** actividad contractual y los que se expiden con ocasión de la actividad contractual, cuando refiere a la motivación, salvo a los de mero trámite; en efecto, el numeral 7, dice:

Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

Por consiguiente, se reitera que los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual son los propiamente contractuales, y que los expedidos en la actividad contractual son los separables o precontractuales”

Son varios los aspectos que hay que resaltar de esta providencia, primero asimila el acto separable con los actos precontractuales y segundo, los actos precontractuales son los expedidos dentro de la actividad contractual, el Consejo de Estado, fundamenta esta distinción en normas legales contenidas en la ley 80 de 1993, específicamente el art. 24, numeral 7 citada anteriormente.

El art. 26 numeral 5, que dice:

La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de esta”

...y el art. 41 donde el máximo tribunal hace la siguiente acotación:

porque en el sentido puramente gramatical de las expresiones “*actividad contractual*” sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se ha elevado a escrito.

Por consiguiente, se reitera que los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual son los propiamente contractuales, y que los expedidos en la actividad contractual son los separables o precontractuales.

Igualmente, asimila los actos separables con los mismos precontractuales.

Pero en la sentencia del tres (3) de marzo de dos mil diez (2010), el Consejo de Estado (2010), dice: Ahora bien, lo expuesto sobre la acción de controversias contractuales, cobró mayor vigencia con la Ley 446 de 1998, puesto que al modificar el artículo 87 del C.C.A., en la forma indicada, acogió el criterio jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado en cuanto al alcance del concepto de actividad contractual y estableció que la acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento proceden para demandar “*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual*”.

Se colige de la anterior providencia y del segundo inciso del art. 87⁸ del Código Contencioso Administrativo (texto modificado por el art 31 de la ley 446 de 1998) que los actos expedidos antes de la celebración del contrato son los dictados con ocasión de la actividad contractual.

Es preciso aclarar que en la época en que entró en vigor la ley 80 de 1993 (28 de octubre de 1993), citada, estaba vigor el código contencioso administrativo, derogado por el art. 309 de la ley 1437 de 2011, que entró en vigencia el 02 de julio de 2012.

⁸ 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.

Al revisar nuestra jurisprudencia ante este cambio normativo, el Consejo de Estado (1993) dijo:

El aludido precepto dio lugar a que la jurisprudencia de esta Sección entendiera, en un primer momento, que la locución “*con motivo u ocasión de la actividad contractual*” permitía sostener la existencia de una categoría única de actos administrativos proferidos respecto de un contrato estatal...

Sin embargo, esta interpretación no fue uniforme y, por tanto, ha de darse cuenta de pronunciamientos posteriores en los cuales se propugna por mantener la distinción entre actos previos o “separables” y actos administrativos contractuales, entendiendo que éstos tan sólo pueden ser proferidos tras la celebración del contrato⁹.

Esa situación evidenció un nuevo cambio con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del C.C.A., y restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad previa a dicho momento por una parte y por la otra, las decisiones unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato...”

⁹En esta oportunidad se afirma que el concepto de “actividad contractual” tiene el alcance restrictivo explicado anteriormente, es decir que comprende sólo los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por las siguientes razones:

1. La Constitución Política desde el preámbulo -cuyo carácter normativo ha sido reconocido en forma expresa por la Corte Constitucional- y el artículo 1º establecen dentro de los principios fundamentales de nuestro Estado de derecho el de la **participación**.

(...)

3. De otro lado, la redacción del ordinal 7º. del artículo 24 de la ley 80 de 1993 parece inclinarse por la interpretación restrictiva de la expresión “actividad contractual” porque en su texto separa conceptualmente los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de los previos o separables del contrato, redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicomprendiva de todo tipo de actos.

(...)

5. Finalmente, en sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato, y éste, en la Ley 80 de 1993, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Expediente N° 9118.

Con la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011 el 02 de julio de 2012, la redacción del medio de control “*Controversias Contractuales*”, da un giro en torno a lo que significa “*con ocasión de la actividad contractual*” esta ley solventó cualquier duda , ya que el segundo inciso del art. 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a la letra dice: “Los Actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este código, según el caso”, la norma está haciendo mención de los actos precontractuales, acuñando el vocablo con ocasión de la actividad contractual, esto, todos los actos administrativos que integra el iter contractual antes de la celebración del contrato estatal.

Igualmente los actos administrativos precontractuales pueden controvertirse con las acciones definidas por el legislador aún sin la existencia del contrato, pues así lo establece el parágrafo 2 del art. 77 del Estatuto General de Contratación, en otras palabras, el poder aislar un acto administrativo expedidos en cualquiera de las etapas de la actividad contractual, en nada tienen que ver con la existencia o no del contrato ni con el medio de control para ser impugnados, esto tiene un efecto importante en el sentido que los actos separables constituyen una género de actos administrativo expedidos en las distintas etapas de la actividad contractual, y los actos precontractuales es una especie de aquellos, cuya existencia es anterior al contrato estatal.

Es más, todos los actos administrativos una vez suscrito el contrato estatal, solo son controlados por el medio de control de controversias contractuales, reiteramos impugnación que puede incoarse sin necesidad de demandar del contrato suscrito y sin perjuicio de la acumulación de pretensiones de que trata el art. 165 de la ley 1437 de 2011.

En este sentido el profesor y catedrático Güecha Medina (2015, pág. 188) dice:

La actividad que desarrolla la Administración en la etapa precontractual genera decisiones que tiene identidad jurídica propia y que no dependen de la existencia del contrato; más aún, el contrato administrativo en el que de una forma depende de la existencia de los actos precontractuales, porque estos constituyen actuaciones necesarias, es decir, de obligatorio cumplimiento, que de ser omitidas generan vicios en el contrato que dan lugar a la anulabilidad del mismo.

Sobre este punto podemos concluir, una cosa son los actos separables, que son un género de actos administrativos expedido con ocasión o dentro de la actividad contractual, estos desde el acto administrativo de apertura hasta la liquidación del contrato estatal, y otra cosa son los actos administrativos precontractuales, que de igual forma son separables, pero expedido antes de la existencia y perfeccionamiento del contrato estatal y que va dese al acto administrativo de apertura hasta el acto de adjudicación o declaratoria desierta de la licitación (Consejo de Estado, 2006).

En este sentido, el tratadista Dromi (1977, pág. 422), dice: “La separabilidad de los actos administrativos precontractuales hace posible...” En la transcripción hecha se hace alusión a los actos administrativos precontractuales, pero inicia con el género que es la *separabilidad*, es decir, aceptamos un género de actos administrativos separable, y una especie de ellos son los actos administrativos precontractuales, estos actos precontractuales tienen a su vez una consecuencia jurídica que los difiere de los actos separables expedidos en las etapas contractual y poscontractual según lo vamos a exponer. Consecuencia que analizaremos en su momento, de ahí a que debemos tener claro cuando hagamos referencia los actos administrativos precontractuales.

A efectos de definir cuáles son entonces los actos separables, hay unicidad de criterio tanto en la jurisprudencia nacional como en la doctrina que estos son los actos precontractuales, pero este criterio tiene una arista susceptible de ser analizada, dentro de los actos administrativos

precontractuales hay actos administrativos definitivos y actos administrativos de trámite, preparatorios y de ejecución, estos últimos de manera general no son susceptibles de ser demandados ya que no contienen una decisión definitiva que amerite la puesta en marcha del sistema judicial, es menester clarificar que este conjunto de actos administrativos corren la misma suerte como si fuesen expedidos en otro contexto distinto al contractual, esto tampoco son objeto de impugnación alguna, por la misma razón general no contienen decisiones definitivas, en este sentido el Consejo de Estado (2008) cuando conoció en recurso de alzada un auto que rechazó una demanda, sentó siguiente posición: “Así, en sentencia proferida el 19 de septiembre de 2007; CP: Dr. Enrique Gil, la Sala al responder la pregunta de si ¿Cualquier acto administrativo de naturaleza precontractual, puede ser demandado ante el contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad? precisó:

Del texto literal de las disposiciones revisadas, y sin una interpretación sistemática de las mismas, se derivaría una respuesta afirmativa, toda vez que, en estas, no se distingue, ni se establece requisito o particularidad alguna de los actos demandables; basta que estos sean administrativos. Sin embargo, esta Sala considera que la respuesta debe ser en sentido contrario, por los argumentos jurídicos que procede a señalar:

1. En la etapa precontractual, la administración pública contratante, puede adoptar distintas decisiones, que sin duda alguna pueden calificarse en un sentido lato como actos administrativos. Los efectos producidos por algunos de ellos, sin embargo, son mediáticos y por consiguiente trascienden a los efectos de otros; estos se denominan: actos administrativos precontractuales “de trámite”.
2. No resulta lógico concebir la procedencia de la acción de nulidad para controvertir la legalidad de los actos administrativos precontractuales de trámite, toda vez, que, si se

llegara a producir una decisión al respecto, esta sería inocua a menos que se hubiera controvertido también la legalidad de un acto administrativo precontractual de carácter definitivo, como por ejemplo el acto de adjudicación.

3. Por lo anterior, es viable demandar a través de la acción de nulidad, actos administrativos precontractuales de trámite, siempre que no se produzca, o de ellos se evidencie que no se va a producir, un acto de adjudicación, es decir, si con ellos se da fin a la etapa precontractual de manera anómala.”

4. De no ocurrir lo anterior, la forma para cuestionar la legalidad de estos actos administrativos precontractuales de trámite es a través de la acción de nulidad contra el acto que pone fin a esta etapa; en las más de las veces, el de adjudicación. En esta hipótesis no se cuestionaría la adjudicación en sí misma, sino la forma irregular como se llegó a ella, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 en concordancia con el 87 del Código Contencioso Administrativo.

El acto separable tiene una connotación de impugnabilidad, en el sentido que tal denominación solo aplica a los actos previos que tengan la potencia de ser impugnados por que contiene una decisión de fondo, al respecto el tratadista Dromi (1977, pág. 423), dice: “El acto separable impugnable debe ser un acto administrativo decisorio el sentido técnico-jurídico, pues los simples actos de la administración meramente preparatorios no pueden ser objeto de impugnación... .”

Igualmente, el Conejo el Estado (2007) sobre este aspecto, dice:

Como se aprecia, la distinción entre actos administrativos definitivos y de trámite, ha alcanzado particular relevancia, de carácter práctico, en consideración a su impugnación, toda vez que resulta que, los primeros pueden ser siempre cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que los segundos, en las más de las veces, no.

Destacamos que algunos actos administrativos, así sean expedidos en la etapa precontractual, son inimpugnables, ya que no tienen relevancia por ser tramites, ejecutivos o preparatorios.

En este capítulo analizamos el acto administrativo separable desde la perspectiva de su desarrollo dentro de la rama del derecho administrativo, el concepto de acto administrativo y su relacionamiento con el acto administrativo separable, dado el método deductivo que utilizamos en el trabajo, igualmente precisamos el origen del acto separable en el derecho comparado y la admisión de dicho concepto en el derecho colombiano a través de las decisiones o conceptos emanados del Consejo de Estado, finalizando con el decantamiento del concepto de acto separable en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación vigente y su nexos y diferencias con los actos precontractuales y demás actos administrativos expedidos en el proceso contractual. Su impugnabilidad y el tipo de acto sobre el cual recae dicho control.

1.5 Decaimiento de la teoría de la indivisibilidad, estructuración de las etapas y la participación de terceros en el proceso contractual.

En este capítulo analizaremos la teoría de la indivisibilidad y partir de la vigencia de esta teoría aplicada por el derecho como se sienta las bases para la participación de terceros en el proceso contractual.

Esta teoría tiene su nacimiento en Francia, algunos investigadores la denominan *Théorie de l'Incorporation* otros la denominan teoría del *tout indivisible* significaba que el contrato administrativo y los actos administrativos que de él emanaban conformaba un todo indivisible, era tan compacta la integración que los actos administrativos no eran objeto de ser cuestionados en forma independiente y autónoma con las acciones propias de los actos administrativos sino a través

de la acción contractual restringida solo a las partes del contrato, quedando eliminada cualquier opción de impugnación a favor de terceros, sobre esta teoría el abogado Rosito Arbia (1994), escribió:

El origen de la teoría de los actos separables radica en Francia, cuna del derecho administrativo y país al que se atribuye el surgimiento de otras tantas teorías de esa rama del Derecho, siendo la jurisprudencia del Consejo de Estado la encargada de admitirla y desarrollarla a través de sus fallos.

En un primer momento es admitida en Francia la teoría del tout indivisible (El todo indivisible): los actos de tutela administrativa cuando son previos o “aposteriori” a contratos que aprueban o autorizan, forman un todo indivisible con el contrato y no pueden ser atacados ni por recursos administrativos ante el órgano del cual emanan, ni ante la jurisdicción contencioso-administrativa”

Esta teoría, en la medida que fue aplicada y empezó el proceso de legislar sobre la contratación del Estado, motivó que el proceso de contratación se ordenara por etapas, estas etapas tenían una finalidad cual era que los actos administrativos expedido cuando todavía el contrato no se hubiese perfeccionado, tuvieran un medio de control con las acciones propias de los actos administrativos e independiente de las acciones del acto jurídico bilateral.

El desarrollo de la teoría de la indivisibilidad a la teoría del acto separable, facilitó que los terceros no partícipes del contrato, en forma independiente tengan derecho de acción frente a las decisiones de las administraciones públicas en materia de contratación, fue un avance muy importante para los terceros quienes a partir de este momento quedaban legitimados para impugnar, no obstante lo anterior, no se consideró a la sociedad como sujeto de control real sobre la actividad contractual, quedó corto este avance frente a la sociedad, dentro del concepto de sociedad están las veedurías, que son las que materializan el concepto de “administrados” quienes

pueden apoyar en la verificación del cumplimiento de las labores de la administración como de contratistas y de esta forma cooperan en la realización de los fines de la contratación establecidos en el art 3 de la ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 2018) que a la letra establece:

Los servidores Públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de estos, las autoridades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Abrir la posibilidad a los terceros para ser partícipes del control de los actos precontractuales no cierra la posibilidad que la sociedad como receptora de los bienes obras y servicios que constituyen la razón de ser de la contratación estatal, un canal podría ser a través de las veedurías para que tengan las mismas posibilidades de un tercero en el control de los actos.

Pero si los terceros pueden impugnar el acto separable es necesario determinar qué es el acto separable? el alto Tribunal Contencioso ha tenido variadas interpretaciones sobre el mismo, siendo la más acertada aquella que limita el concepto de acto separable a los actos administrativos precontractuales, pero en ocasiones el mismo órgano judicial pareciera tener otra posición como la contenida en auto 9118 del 10 de marzo de 1994, emanada del Consejo de Estado (1994, pág. 663) donde trata un tema de actos contractuales y su control jurisdiccional, un aparte dice: “Ahora bien; si en el presente negocio la Industria Licorera de Boyacá por medio del acto administrativo de noviembre 15 de 1971 (folio 14 cuaderno principal) decidió dar por terminado el contrato de distribución y venta de licores celebrado con la firma “Alberto Galofre y Cía. Ltda.” tenía que demandarse ese acto administrativo para lograr la condena al pago de perjuicios, sin que hubiera lugar a demandar la resolución de un contrato que se había terminado; mas no podía desconocerse

la existencia de ese acto administrativo con miras a lograr, entre otros, el mismo resultado que se produjo por esa providencia.

Si la demandante entendió que el acto era ilegal pues no tenía la Industria Licorera competencia para dictarlo o no habían ocurrido las causales de caducidad determinantes de su expedición, el camino no podía ser otro que buscar la anulación o declaratoria de ilegalidad de ese proveído administrativo, mas no podía incoar la acción como si se tratase de una omisión (al incumplimiento de la cláusula sobre prórroga automática pactada) proveniente de un contrato administrativo, pues como lo ha expresado esta Sala en innumerables providencias no es dable a quien acude a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo cambiar a su arbitrio las acciones judiciales” (Sentencia del 16 de mayo de 1975, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis, Anales, Tomo LXXXVIII, primer semestre de 1975, págs. 302 y 303).”

Con claridad se desprende del texto transcrito que el máximo Tribunal está aludiendo a un acto administrativo expedido en la etapa contractual indicando las acciones a seguir por parte del demandante como lo eran en la época del proveído, la de la anulación o declaratoria de ilegalidad acción predicable solo de los actos administrativos separables antes de la existencia del contrato administrativo¹⁰.

Debemos aclarar que la anotada posición del Consejo de Estado, no ha sido uniforme, ya que hemos encontrado en providencias (autos) anteriores con otra posición, que vale la pena destacar.

Antes de producirse la decisión anterior el Consejo de Estado (1987) se pronuncia con una tesis totalmente contraria a la analizada, en los siguientes términos: “Dentro del marco jurisprudencial y doctrinario que se deja precisado, la Sala reitera que el acto separable es por su esencia misma el

¹⁰ Antes de la expedición de la ley 80 de 1993, la legislación nacional denominada los contratos entre la administración y los particulares, contratos administrativos, según el título III del decreto – ley 222 de 1993 Contratos administrativos y de derecho privado de la administración, norma anterior a la ley 80 de 1993 que regulaba la contratación.

precontractual, con lo cual se hace fácil y comprensible la precisión de los sujetos de derecho que pueden impugnarlo, como pasa a explicarse.”

Si hacemos un comparativo de las providencias judiciales expedidas por el Consejo de Estado, vemos posiciones contradictorias, en la primera toma como acto separable todos los actos administrativos expedidos en la actividad contractual así fuesen dentro de la etapa contractual, mientras que, en la segunda providencia citada, circunscribe la noción de acto separable solo a los emanadas en la etapa precontractual.

Ahora, frente a la historia y evolución de los actos separables, registramos un pronunciamiento del alto Tribunal de lo Contencioso (Consejo de Estado, 2010):

Pues bien, como sin mayor dificultad puede advertirse, para la época en la cual se presentó la demanda que dio origen al presente litigio - 27 de julio de 1994 - no existía una postura ni legal ni jurisprudencial pacífica, uniforme y reiterada que permitiera señalar, sin ambages, cuál era el cauce procesal a través del cual debían ser cuestionados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo los actos administrativos expedidos en relación con la actividad contractual de las entidades estatales.

Aunque lo cierto es que tratándose de éstas últimas decisiones - actos contractuales propiamente dichos -, resultaba mayor la claridad en el sentido de que el cauce procesal idóneo a efectos de controvertir su validez era la acción contractual.

En esta misma sentencia el Consejo de Estado refiriéndose a la redacción del art. 77 de la ley 80 de 1993, manifestó: “El aludido precepto dio lugar a que la jurisprudencia de esta Sección entendiera, en un primer momento, que la locución “con motivo u ocasión de la actividad contractual” permitía sostener la existencia de una categoría única de actos administrativos proferidos respecto de un contrato estatal, con fundamento en la comprensión en virtud de la cual

“para nadie es un secreto que esa actividad se inicia con la apertura del proceso selectivo y continúa hasta el vencimiento del contrato o hasta la liquidación definitiva del mismo, según el caso” (Consejo de Estado, 1994), por manera que —de conformidad con dicha inteligencia— tan contractuales serían los actos administrativos que ordenan la apertura de la licitación, adoptan el pliego de condiciones o adjudican el contrato, como aquellos mediante los cuales se ejercen potestades excepcionales, se termina o se liquida unilateralmente el negocio jurídico¹¹. Sin embargo, esta interpretación no fue uniforme y, por tanto, ha de darse cuenta de pronunciamientos posteriores en los cuales se propugna por mantener la distinción entre actos previos o “separables” y actos administrativos contractuales, entendiendo que éstos tan sólo pueden ser proferidos tras la celebración del contrato.¹²”

¹¹Ello no fue óbice para que se reconociera, concomitantemente, que por ministerio de la propia Ley 80 resultaba posible demandar algunos actos administrativos relacionados con la actividad contractual de las entidades públicas, a través de cauces procesales diversos de la acción contractual, así:

“Excepcionalmente por mandato expreso del estatuto contractual, ciertos actos, 3 en total, pueden ser controlados mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

a. El acto administrativo proferido por las cámaras de comercio que decide la impugnación de la calificación y clasificación de los proponentes (art. 22 numeral 5), para el cual se consagra una acción pública de restablecimiento del derecho lo que además constituye un verdadero contrasentido.

b. El acto de adjudicación (art. 77 parágrafo primero) y

c. El acto que declara desierta la licitación o concurso por ser el acto definitivo del procedimiento contractual al ponerle fin a la actuación administrativa de selección e impedir su continuación (art. 77 de la ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 50 inciso 1º. y final del C.C.A.)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Expediente N° 9118.

¹²“En esta oportunidad se afirma que el concepto de “actividad contractual” tiene el alcance restrictivo explicado anteriormente, es decir que comprende sólo los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por las siguientes razones:

1. La Constitución Política desde el preámbulo -cuyo carácter normativo ha sido reconocido en forma expresa por la Corte Constitucional- y el artículo 1º establecen dentro de los principios fundamentales de nuestro Estado de derecho el de la **participación**.

(...)

3. De otro lado, la redacción del ordinal 7º. del artículo 24 de la ley 80 de 1993 parece inclinarse por la interpretación restrictiva de la expresión “actividad contractual” porque en su texto separa conceptualmente los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de los previos o separables del contrato, redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicompreensiva de todo tipo de actos.

(...)

5. Finalmente, en sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato, y éste, en la Ley 80 de 1993, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Expediente N° 9118.

Al analizar el iter contractual observamos que existe un punto de ruptura entre las etapas de la actividad contractual, ese punto constituye un linde para las etapas de la actividad contractual, son tres etapas básicamente: la primera de ellas es la etapa precontractual, seguida de la contractual una vez perfeccionado el contrato y punto de referencia para seleccionar el medio de control adecuado, continuando con la poscontractual. A este orden a es la que llamamos proceso contractual por etapas.

El proceso contractual por etapas tiene la siguiente consecuencia: Las decisiones de la administración antes de que se suscriba el contrato estatal es lo que denominados actos precontractuales, las decisiones que toma la administración durante la etapa contractual es lo que denominamos actos contractuales, y, por último, en esta misma lógica tenemos que los actos posteriores a la terminación del contrato lo designamos como poscontractuales.

Esta clasificación merece nuestra crítica dentro de la óptica de lo que nos proponemos en esta tesis, reiterando que la Contratación Estatal es una evolución algorítmica, entendiendo como tal una ordenada secuencia finita de actos jurídicos en la cual no se precisa un límite intermedio, y no un proceso por etapas como lo hemos estructurado, podemos colegir que todos los actos unilaterales y diferentes al contrato son actos separables, pero no es solo distinguir el acto administrativo unilateral del contrato como acto jurídico bilateral, sino la consecuencia en cuanto al medio de control pertinente para su judicialización dependiendo de la etapa donde se produjo el acto administrativo, esto es, como tradicionalmente hemos delimitado el proceso contractual en etapas y en cada una ellas la administración toma decisiones mediante actos administrativos, esta lógica tiene consecuencias procesales, en cuanto al medio pertinente para que los administrados ejerzan el control, que como Estado social de derecho, le es atribuible mediante el derecho de acción, el

legislador y el desarrollo jurisprudencial han establecido medios de control para los distintos actos administrativos pero supeditado a la etapa en que estos fueron expedidos, esto es, hace un corte iniciando la etapa contractual y dispone del medio de control que el sujeto legítimo debe escoger según sus pretensiones.

Redondeando esta idea la expresamos así, el legislador nacional creó un tipo de control para los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual cuales son el medio de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho según el caso y otro tipo de control para los actos administrativos expedidos en las dos etapas siguientes, o sea, en la etapa contractual y pos contractual, que es el medio de control denominado por el legislador como controversias contractuales, son tres los medios de control que le restan coherencia al proceso contractual, visto este desde un enfoque integral, lo dicho sin perjuicio de la acumulación de pretensiones de que trata el art. 165 del CPACA, validado el tema de esta forma, en nuestro juicio va en contravía de unos de los principios estructurales de la ley 80 de 1993, cual es el principio de economía reglado en el art. 25 de la ley ejusdem que en el numeral 3, proclama: “Se tendrá en consideración que las reglas y procedimiento constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados”.

Traducido lo anterior, los fines de la contratación formulados en el art. 3 de la ley 80 de 1993 y el principio de economía pilar de la ley ejusdem, tienen una estrecha relación, esto es, el eje central del proceso contractual son los fines de la contratación y todo medio de control debe ser diseñado para controlar si el Estado en sus diferentes ramas y órganos cumplen con esos fines.

Advertimos que en la jurisprudencia francesa al inicio del desarrollo de la contratación administrativa, los actos administrativos expedidos dentro de la actividad contractual y el contrato

constituían una unidad indivisible, para efectos de su control, el acto administrativo expedido en la actividad contractual que denominamos acto separable no era autónomo; actualmente hay un fundamento procesal cual es el esquema de control que el legislador ha establecido para cada acto y para el contrato mismo, es decir, el control judicial de los actos administrativos precontractuales, es la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, medios de control que definiremos más adelante así como la diferencia entre ellos, y el medio de control para el contrato estatal propiamente dicho es el de controversias contractuales, hasta aquí, sería una argumentación lineal y simple, y tendría alguna lógica, ya que históricamente y por definición legal, los actos administrativos tienen su medio de control en las acciones antes citadas y el contrato su medio de control como lo hemos señalado, volvemos a reiterar lo sin anterior sin perjuicio de la acumulación de presiones.

Si analizamos la contratación estatal desde la óptica de etapas, patrón que queremos replantear con este trabajo, observamos que las etapas tienen un punto de demarcación y como tal trae una consecuencia para el control judicial de los actos ya sean estos unilaterales o bilaterales producidos en cada una de las etapas, decantando lo dicho, en nuestro sistema jurídico los actos administrativos separables expedidos en la etapa precontractual tiene un medio de control judicial diferente a los actos administrativos expedidos en la etapa contractual y poscontractual como lo hemos afirmado, las dos últimas se controlan por el mismo medio, aquí en este punto nos detenemos a reflexionar si este modelo hasta aquí explicado básicamente tiene coherencia, o si el paradigma actual estructurado en etapas debe evolucionar hacia otro paradigma que le dé cohesión a la actividad contractual desde lo sustancial y procesal, nuestra propensión jurídica es hacia esta última hipótesis.

Según lo expuesto, las etapas contractual y la poscontractual, cuentan con medio de control tanto para el contrato como para los actos administrativos unilaterales expedidos dentro de ellas, esto es,

los actos administrativos unilaterales y el contrato tiene un solo medio de control, al incoar el medio de control de controversias contractuales pertinente en esta etapa contra el acto administrativo unilateral no es necesario demandar el contrato estatal, pero mediante el medio de control de controversias contractuales se podría hacer pretensiones propias de los al actos administrativos como son la de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, desde éste punto de vista no vemos coherencia, el medio de control es común al contrato y a los actos administrativos unilaterales, pero a pesar de ello el régimen legal permite demandar uno separadamente del otro, tal como lo estipula el parágrafo 2do del art. 77 de la ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Administración Pública, 2018) sostiene: “Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que lo origina” esta norma legal cierra cualquier discusión respecto del aislamiento de los actos administrativos unilaterales con el objeto de ejercer control sobre ellos, independientemente del medio de control que el legislados haya configurado para su ejercicio.

Concluimos que el desglosamiento del control jurisdiccional en los distintos medios de control al proceso contractual y sin perjuicio de la acumulación de prensiones debe evolucionar hacia el ejercicio de la impugnación con un solo medio de control de conformidad con la argumentación planteada.

Capítulo II

2.1 Identificar los controles de los actos administrativos unilaterales expedidos con ocasión y en la actividad contractual.

En este capítulo examinaremos los medios de control por medio de los cuales se puede impugnar tanto los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual y en las etapas siguientes, la definición legal, las causales de nulidad, sus características y las diferencias entre ellos.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido mediante ley 1437 de 2011 (Mora Caicedo, 2017), prevé tres medios de control los cuales entraremos a definir según la norma legal y que son las conducentes para controlar vía judicial los actos administrativos expedido con ocasión y dentro de la actividad contractual cuales son i. nulidad; ii. Nulidad y restablecimiento del derecho; y iii. Las controversias contractuales.

2.2 Medio de control de nulidad

Este medio de control tiene definición legal en el artículo 137 de la ley 1437 de 201 (Mora Caicedo, 2017), dicha norma lo define así:

ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de

audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

De la definición legal procedemos a enumerar las causales de nulidad de los actos administrativos: 1. Falta de competencia, 2. Expedición del acto administrativo en forma irregular, 3. Con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, 4. Falsa motivación, 5. Desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Estas causales son comunes al medio de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho directamente violado, agregando en esta última las pretensiones de restablecimiento del derecho o la reparación del daño causado.

En el libelo de demanda no solo se debe mencionar y probar la causal alegada de nulidad del acto sino el concepto de la violación de conformidad con el art, 162 núm., 4 del CPACA.

2.2.1 Características del medio de control de Nulidad. Cada una de las acciones definidas tiene una característica que las distingue una de las otras, básicamente en la acción de nulidad simple cuando se ejercita esta pretensión le asiste al demandado un interés por la legitimidad del derecho, abstrayéndose de sus intereses particulares, no está en juego asuntos de interés patrimonial subjetivo, sino la preservación del orden jurídico, en este sentido en reciente jurisprudencia el Consejo de Estado (2017) manifestó: “Esta última postura se ha reiterado por la Corporación en sentencias como la 2001-00145-01 IJ del 8 de marzo de 2005, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo en la que se precisó: «En cuanto a que no obstante que se esté en presencia de actos creadores de situaciones jurídicas individuales, es procedente controvertir su legalidad por vía de la acción de simple nulidad “cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia, que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto”», y en la del 22 de mayo de 2008, magistrado ponente Gerardo Arenas 10 expediente 5683, magistrado ponente Manuel Santiago Urueta Monsalve, la cual dispuso que «de conformidad con la Teoría de los Motivos y Finalidades, sostenida por esta Corporación, no es la naturaleza del acto que se demanda el que determina el tipo de acción incoada sino los objetivos y las consecuencias que de ella se derivan, las que finalmente estructuran la clase de acción propuesta. La acción objetiva de nulidad tiene como finalidad única la de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta y la subjetiva de nulidad y restablecimiento, adicional a lo anterior, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.».

En cuanto al medio de control de nulidad está instituida para preservar el derecho objetivo, esta acción se soporta en el principio de legalidad, en cuanto el objeto del examen judicial de una norma se ajusta al orden jurídico siempre y cuando la estructura fundamental y formal este acorde a dicho orden, en la medida que la norma objeto de examen judicial guarde incoherencia con el orden vigentes en esta medida la acción pública de nulidad esta llamada a tener éxito, sobre el tema la honorable Corte Constitucional (1994):

La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, Inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238).

En otro pronunciamiento del máximo Tribunal Constitucional (Corte Constitucional, 1997) afirma que la acción pública de nulidad se ejerce con la finalidad de defender el principio de legalidad, como tal es un interés general, transcribimos los precisos términos de este pronunciamiento, así como otras características importantes de esta acción:

La Acción de Nulidad se ejerce en interés y con el fin de defender el principio de legalidad, lo que constituye un propósito de interés eminentemente general y no particular. Es una acción pública, razón por la cual puede ser ejercida por cualquier persona. No existe término de caducidad, salvo las excepciones previstas en la ley. Los efectos de la sentencia se retrotraen a la expedición misma del acto anulado por la jurisdicción competente. Procede contra actos generales e individuales, siempre y cuando sólo se persiga el fin de interés general de respeto a la legalidad. No obstante, según jurisprudencia del Consejo de estado, la acción de nulidad sólo procede contra actos individuales cuando así lo ha previsto expresamente una ley.

Por último, el Consejo de Estado (2007), lo referente a la acción de nulidad (simple) en relación con actos de naturaleza precontractual, debe leerse de manera concordante con las reglas generales sobre esta acción, contenidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en vigencia de la ley 446 de 1998, dijo:

De esta circunstancia se deriva que (1) cualquier persona puede cuestionar la legalidad de una acto precontractual; (2) a través del ejercicio de la acción de nulidad (simple); (3) siempre que se trate de actos administrativos; (4) que infrinjan normas superiores, o que sean expedidos de manera irregular, o por organismos o funcionarios incompetentes, o con violación al debido proceso, con falsa motivación, o con desviación de poder; y (5) se interponga dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

Anotamos que el termino de caducidad de 30 días prescrito en la sentencia transcrita no tiene vigencia, de conformidad con la ley 1437 de 2011.

2.2.1.1 Noción del principio de legalidad. Para concluir el tema de la acción pública de nulidad daremos una noción de los que es el principio de legalidad, este principio de manera primordial estructura la seguridad jurídica y el debido proceso, todos los servidores públicos fundamentan sus decisiones en el orden jurídico vigente, garantizando que las formas propias de todo proceso, procedimiento o tramite logre la finalidad para lo cual fue establecido, como quiera que dichos procesos, procedimiento y tramites configuran el límite para el ejercicio de los poderes públicos, es una frontera en las facultades de la administración pública, es un espacio de garantía para el administrado, al respecto la Corte Constitucional (2011) sobre el principio de legalidad puntualizó: “En qué consiste el principio de legalidad”.

1. El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador.

Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

El principio de legalidad traza las coordenadas sobre la cuales se construye el Estado Social de Derecho, de cuyo cumplimiento no hay exoneración, su efecto vinculante tanto para la administración como a los administrados perfila una ecuación jurídica esencial para la garantía del ejercicio de todos los derechos.

2.3 Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Este medio de control tiene definición legal en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011 (Mora Caicedo, 2017), dicha norma lo define así: “ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL

DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

2.3.1 Características de la Acción de Nulidad y Nulidad y restablecimiento del derecho.

Esta acción es eminentemente contenciosa, constituida como recurso judicial que tienen los administrados para controlar las actuaciones de una autoridad pública cuando quiera que mediante un acto administrativo ha violado un derecho subjetivo amparado por el sistema jurídico, en ejercicio de sus facultades y competencia la administración toma continuamente decisiones en el marco de sus potestades legales y constitucionales, decisiones que pueden afectar o causar daño a cualquier persona, este sujeto cuenta con este medio de control para el potencial éxito de sus pretensiones el cual mediante su ejercicio debe logra la nulidad del acto respectivo y el consiguiente restablecimiento del derecho, al accionante le asiste un interés personal, subjetivo y particular cuando decide acudir a las autoridades en ejercicio de esta acción, porque el legislador estableció límites para su ejercicio, tanto en la persona legitimada , como el tiempo de caducidad para mencionar entre otros.

Esta acción involucra actos administrativos que son nulos por las mismas causales que cualquier acto, causales definidas en la acción pública de nulidad tal como lo establece el inciso segundo del art. 137 del código de procedimiento y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011).

Como lo veremos, estas acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho guardan estrecha relación y diferencias, que ameritan ser analizadas.

2.4 Diferencia entre acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho

Analizadas las definiciones legales de cada una de las acciones, vemos que guardan similitud en cuanto las dos parten de la vigencia de un acto administrativo los cuales tienen las mismas causales de nulidad, se diferencian en cuanto a los titulares de la acción, oportunidad para su ejercicio, efectos de la sentencia, desistimiento, su procedibilidad, transacción de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado (2018):

Respecto de las características y diferencias de estas acciones esta Corporación se ha pronunciado considerando 19: “[...]Dichas acciones se diferencian, entre otros, en los siguientes aspectos: En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado; en tanto que el uso de la acción de nulidad y restablecimiento está condicionado a la existencia de un interés, de manera que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado y es necesario para tal efecto el apoderamiento de un profesional del derecho; En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo, mientras que la de restablecimiento del derecho debe ser presentada ante el juez en un

término que, en la mayor parte de los casos, es de cuatro (4) meses, o de dos (2) años cuando se trata de acción indemnizatoria. En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene "erga omnes", si la decisión es anulatoria, en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora; mientras que, en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, la sentencia tiene efectos interpartes y respecto de terceros interesados. Otros rasgos de estas dos acciones tienen que ver con el hecho de que la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda, lo que no sucede con la de nulidad y restablecimiento del derecho, que sí es desistible, con el cumplimiento de los requisitos de ley, y solamente a los terceros interesados les es permitido participar en un proceso de esa naturaleza. En el mismo orden de ideas, el fenómeno de la perención no opera, cuando se trata de acción de nulidad, lo que sí sucede en el caso de la otra acción. Otro aspecto que distingue a las dos acciones tiene que ver con su procedibilidad, el cual se vincula directamente con la teoría de los motivos y finalidades [...].

Se deberá tener en cuenta los requisitos previos para demandar establecidos en el art. 161 del CPACA, que son: 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

3. Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8º de la Ley 393 de 1997.

4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.

5. Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago.

6. Numeral INEXEQUIBLE¹³

2.5 Controles de los actos bilaterales expedidos con ocasión y en la actividad contractual.

Este medio de control está definido en la ley 1437 de 2011 (Mora Caicedo, 2017), que a la letra dice: ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del

¹³ Corte Constitucional mediante Sentencia C-283-17 de 3 de mayo de 2017, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo.

contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

2.5.1 Características del medio de control de controversias contractuales. Vamos a partir de la definición de contrato estatal, la ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Administración Pública, 2015), trae una definición de contrato estatal, en el art. 32, que dice: “De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así, como los que, a título enunciativo se define continuación: ...”

El Consejo de Estado (2013) en su función interpretativa, ha dicho: “Dicha posición ha sido reiterada¹⁴ por esta Corporación en varias oportunidades, como a continuación se ilustra:

Hasta la saciedad se ha sostenido que un contrato es estatal sin importar si se rige por la ley 80 o por el derecho privado, siempre que una de las partes del negocio sea una entidad

¹⁴La Alta Corporación está haciendo referencia a la Sentencia de 18 de febrero de 2010 proferida por la Sección Tercera, Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, CP: Enrique Gil Botero. Exp: 37004.

pública, como acontece en el caso sub examine. De aquí se sigue que su juez será el que disponga el legislador, y esto no está asociado al régimen sustantivo del contrato. Ahora, según las normas procesales vigentes, en la actualidad corresponde a esta jurisdicción, porque el art. 82 CCA. dispone que el juez de los conflictos donde sea parte una entidad estatal es la justicia administrativa. Esto también aplica a las controversias contractuales.

Con el análisis de este medio de control completamos el estudio de las acciones establecidas que guardan relación directa con los controvertidos actos separables, esta acción tiene varias pretensiones para su ejercicio, cuales son:

- I. Que se declare la existencia del contrato.
- II. Que se declare la validez o invalidez del contrato.
- III. Que se declare la nulidad relativa o absoluta del contrato.
- IV. Que se ordene la revisión.
- V. Que se declare su incumplimiento.
- VI. Que se indemnicen los perjuicios causados.
- VII. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales.
- VIII. Que se liquide el contrato.

Al respecto de Consejo de Estado (2016) refiriéndose a la definición que tenía el derogado Código Contencioso administrativo en su art. 87, en nuestra opinión aplicable a la definición vigente e la ley 1437 de 2011, dijo en aquella ocasión:

La de controversias contractuales, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida con un contenido normativo o con un propósito único, comoquiera que la disposición en comento deja claro que se trata de una vía procesal de naturaleza pluripretensional, esto es, que bajo su égida pueden ser

planteadas al juez toda la variedad de situaciones problemáticas que pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales de las entidades estatales; a ese respecto se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación.

Deducimos de lo escrito que la principal característica de la definición del medio de control de controversias contractuales es *pluripretensional* ella contiene varias pretensiones, incluida la muy controversial nulidad *de los actos administrativos contractuales*.

Hemos anotado la definición y características de los medios de control sobre los actos y contratos expedidos con ocasión o en la actividad contractual, estos medios de control lo contempla el CPACA, en anteriores códigos y normas modificatorias las definiciones pueden variar en su redacción, pero las transcritas son las definiciones vigentes y las que hay que aplicar, estos medios de control de conformidad con las características anotadas, tienen una finalidad, la acción de nulidad tiene como finalidad preservar el orden jurídico objetivo de ahí que también se designa como acciones de legalidad, quien la intenta no le asiste razones subjetivas para ejercer este medio de control, por el contrario la acción de controversias contractuales es una acción indemnizatoria aun cuando contemple la nulidad de los actos administrativos expedidos en la etapa contractual.

2.6 Medios de control de legalidad vs medio de control de controversias contractuales

A lo largo de las distintas etapas de la actividad contractual, los actos administrativos expedidos tienen una formación unilateral, estos pueden ser generales o particulares, dependiendo de ello se selecciona el medio de control, mientras que el contrato sí es un acto jurídico de formación bilateral con su propio medio de control, sin embargo, el tratadista Ciro Norberto Güecha Medina, realizó

un investigación sobre esta temática, que publicó en la Revista de Derecho “PRINCIPIA IURIS” de la Universidad Santo Tomas, en la cual hizo este análisis entre otros (2015, pág. 124):

Si tenemos en cuenta que los actos que se dictan en la etapa contractual, es decir, durante la vigencia del contrato, son de carácter unilateral así dependan de un acto bilateral, el control de legalidad de estos debe ser idéntico al de los demás actos administrativos, lo que significa que sean las acciones de legalidad las que se utilicen para ejercerlo.

En pocas palabras, hemos entendido que el profesor y tratadista Güecha Medina, quiere decir que todos los actos administrativos deben tener el mismo medio de control sean expedidos en cualquier etapa del proceso contractual con las acciones propias de este tipo de actos.

No se vislumbra razón alguna para que, mediante el medio de control de controversias contractuales, como se llaman hoy este medio de control se controvierta la legalidad de los actos administrados unilaterales expedidos en la etapa contractual o cualquier etapa.

La acción de controversias contractuales, se ejercita solo para controlar el acto jurídico bilateral con fines indemnizatorias exclusivamente, en este mismo sentido el tratadista citado (Güecha Medina, 2015, pág. 128) se pronuncia en estos términos: “... en la medida que al impugnarse un acto lo que se está haciendo es control de legalidad, lo cual debe realizarse a través de las acciones propias de legalidad como son las de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho y no la acción contractual, que es fundamentalmente indemnizatoria”

Interpretando al tratadista citado, expresa un desacuerdo en la mutación de los medios de control, cuando ocurre el evento de la suscripción del contrato, reduciendo toda controversia que se suscite en la etapa contractual a ser controlado por el medio de control de controversias contractuales, sea el objeto de la controversia el acto bilateral o el acto unilateral, pero en las conclusiones podemos entender que tampoco el medio de control de controversias contractuales

sería pertinente, así lo manifiesta (Güecha Medina, 2015, pág. 132): “los actos de la etapa contractual, se impugnan separadamente del contrato, lo que significa que la acción contractual no es la adecuada para su control, pero si se impugnaran conjuntamente, tampoco sería pertinente utilizarla, pues el contrato también es un acto administrativo”.

En cuanto a la caducidad los tres medios de control son diferentes entre sí, tal como lo vamos a anotar:

1. El medio de control de nulidad no tiene caducidad.
2. El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene una caducidad de cuatro (4) meses.
3. El medio de control de controversias contractuales tiene una caducidad de dos (2) años.

Todos con independencia del momento en que deba comenzar el inicio del cómputo. Los requisitos previos para demandar son los mismo anotados para el medio de control de nulidad y restablecimiento to del derecho.

Del análisis realizado en este capítulo concluimos que dentro de un mismo proceso contractual identificamos tres medio de control, cuyas pretensiones guardan diferencias y similitudes, no existe una incompatibilidad que nos conduzca a una imposibilidad para unificar los medios de control frente al proceso contractual, de esta forma quedando demostrado que es factible jurídicamente lograr este objetivo, reiterando que es una proposición sin perjuicio de la acumulación de pretensiones reglada en el art. 165 dela ley 437 de 2011.

El Consejo de Estado¹⁵ en sentencia del 24 de octubre de 2018, trató este tema y se pronunció en los siguientes términos: “2.3. Como puede observarse, el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011

¹⁵ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo, sección tercera–subsección “B”, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá D. C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018), Radicado: 20001-23-26-000-2013-00502- 01 (54132).

consagró diversos medios de control según la etapa de la actividad contractual que se pretenda controvertir, para lo cual indicó que las controversias surgidas frente a actos expedidos antes de la celebración del contrato corresponderían a los medios de control de nulidad -artículo 137 de la Ley 1437 de 2011- y nulidad y restablecimiento del derecho -artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- mientras que los conflictos surgidos en las etapas contractual y post contractual corresponderían de manera exclusiva al medio de control de controversias contractuales, cuya legitimación se encuentra asignada a cualquiera de las partes del contrato”, en el mismo sentido se pronunció el alto tribunal contencioso en sentencia de fecha 31 de enero de 2019¹⁶.

Capítulo III

3.1 Efectos de la teoría del acto separable

Introducir la teoría del acto separable al derecho positivo tienen unos efectos que ameritan un estudio serio del tema, son varias las repercusiones derivadas de esta incorporación donde aludiremos a los actos administrativos precontractuales, indicando con ello que el acto separable no es una noción accidental del derecho, sino que genera un impacto dentro del sistema jurídico que no puede quedar desapercibido, al ser acogida esta teoría del acto separable, esto es, los actos administrativos precontractuales cuya impugnación es posible por los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, procederemos dejar en claro asuntos como la competencia para su juzgamiento, la legitimación en la causa y la caducidad de los mismos.

¹⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera, subsección B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D. C., (31) treinta y uno de enero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 25000-23-36-000-2014-01265-01(57741).

La aplicación de la teoría de la separabilidad tiene efectos jurídicos, que por su importancia ameritan ser tratado en este trabajo, dado que contra ello se tomara una posición crítica en las conclusiones, entre los efectos tenemos:

- I. Efecto en cuanto a la jurisdicción y competencia.
- II. Efecto en cuanto a la legitimación en la causa para atacar los actos, la consecuencia de su impugnación.
- III. Efecto en cuanto Las acciones contenciosas administrativas adecuadas para intentar la impugnación de los actos separables y el contrato.

3.2 Efectos en cuanto a la jurisdicción y competencia

En el derecho patrio vigente no se detecta tensión alguna ni para el enjuiciamiento de los contratos estatales ni para el juzgamiento de los actos administrativos previos, concomitantes o posteriores a la firma del contrato, al tenor de lo dispuesto en el art. 104 (Mora Caicedo, 2017) del CPACA, ley 1437 de 2011, que dice:

La jurisdicción de lo contencioso administrativo esta instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetas al derecho administrativo, en los que están involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Estas normas cierran un antecedente histórico normativo, no siempre estas especies de actos jurídicos estaban bajo el conocimiento de la jurisdicción cadencioso-administrativa, es así como el art. 73 de la ley 167 de 1941 (Congreso de la República, 1941), preceptuaba:

“**ARTÍCULO 73.** No son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa:

1 - Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato...”

Se desprende del texto legal que las resoluciones, que es una especie de acto administrativo cuando quiere que fuesen expedidas teniendo como origen un contrato administrativo, la jurisdicción ordinaria era competente para su conocimiento.

Esta situación perduró hasta la entrada en vigor del decreto 528 de 1964, el Consejo de Estado (2006) en relación con este traslado de competencia, dijo:

...el decreto 528 de 1964 modificó sustancialmente esta situación, pues trasladó el conocimiento de las controversias contractuales, en cuanto nacieran de un contrato administrativo, a esta jurisdicción, dejando en manos de la jurisdicción ordinaria..., el conocimiento de los asuntos contenciosos de mero derecho privado en que intervinieran como partes la Nación, una entidad territorial o un establecimiento público; por ese camino adquirió también la atribución de examinar y controlar los actos unilaterales expedidos durante el procedimiento contractual.

El decreto 528 de 1964, nada dispone acerca de los actos unilaterales expedidos durante el procedimiento contractual, es más, por ser un asunto de competencia el margen de interpretación es más restrictivo que cualquiera otra norma, al analizar el decreto 528 de 1964 (Ministerio de Justicia, 1964), sobre la competencia del Consejo de Estado, decía en su art. 30:

ARTICULO 30. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que le señalan la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman conoce:

1o. En única instancia:

- a. De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos.

En relación con los tribunales administrativos en su art. 32 decía: “ARTICULO 32. Los Tribunales Administrativos conocen:

- 1o. En única instancia:

- a. De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos.

Nos parece controvertible la posición del Consejo de Estado para época al decir que “*por ese camino adquirió también la atribución de examinar y controlar los actos unilaterales*”, deduciéndose por lo dicho que en relación sobre la competencia para conocer de los actos administrativos unilaterales esta no era expresa, sino, que era una competencia abrogada o derivada de la competencia para conocer de las controversias relativas a contratos, solución que no es estrictamente jurídica, dado que las normas sobre competencia son de orden público.

El decreto 150 de 1976 (Ministerio de Justicia, 1976) “por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la nación y sus entidades descentralizadas” que entró en vigencia del 27 de enero de 1976, fue el primer estatuto de contratación del país, sobre la competencia para conocer y decidir de actos y contratos allí regulados no estipuló nada, únicamente regula algunos temas sobre responsabilidad del art. 194 al art. 201.

En el Decreto 01 de enero de 1984, la competencia para conocer de los actos y contratos quedó bajo la responsabilidad de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En los siguientes estultos contractuales, el Decreto ley 222 de 1993 (Ministerio de Justicia, 1983) deroga expresamente el Decreto extraordinario 150 de 1976, el artículo 5o. del Decreto extraordinario 925 de 1976, el Decreto extraordinario 3658 de 1982; modifica en lo pertinente el artículo 2o. del Decreto extraordinario 925 de 1976 y subroga el Decreto extraordinario 3550 de 1982, no expresó nada sobre la competencia sobre los actos administrativos, en relación con los contratos decía, lo siguiente: “ARTICULO 17. DE LA JURISDICCION COMPETENTE. La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso-administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria.

Parágrafo. No obstante, la justicia contencioso-administrativa conocer también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

Igualmente, en los contratos de derecho privado de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a estos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso-administrativa.

De otro lado, La ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 2018), en su art. 75, regla expresamente el juez competente, y al respecto establece: “DEL JUEZ COMPETENTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por último, el Consejo de Estado (2013) sobre el tema de la competencia en temas de contratación al analizar los numerales 2º y 3º del art. 104 de la ley 1437 de 2011, dijo:

a) Criterio del litigio: Debe tratarse de controversias y litigios De conformidad con esta exigencia, que la jurisdicción conozca de controversias y litigios excluye, en principio, el conocimiento de los procesos ejecutivos –salvo los que más adelante se precisarán-, y sólo incorpora los procesos de conocimiento, pues aquellos no constituyen una controversia, sino que dan lugar a un debate de pura ejecución, donde el derecho no se disputa. Sin embargo - se insiste-, esta regla general tiene excepciones – que se mencionarán más adelante- conforme a la cual algunos procesos ejecutivos hacen parte de su competencia, pero por asignación expresa para conocerlos. b) Criterio de la causa: La controversia se debe originar en “actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones”. Conforme a esta condición, las controversias que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben tener por causa un “acto, contrato, hecho, omisión u operación.

Conservándose la histórica distinción que el CCA de 1984 introdujo sobre las clases de acciones, y que el CPACA nominó nuevamente según el objeto del debate, de la siguiente manera: medios de control de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho y electoral: cuando se trate de actos administrativos; medio de control de controversias contractuales: si se controvierten contratos; medio de control de reparación directa: si se discute la responsabilidad por hechos, omisiones y operaciones administrativas; así que se mantiene la causa u origen de la controversia para definir la jurisdicción

Desde este punto de vista, no se perciben diferencias entre el Decreto-ley 01 de 1984 – incluidas sus reformas- y el CPACA, porque ambos construyeron uno de los criterios –no el único- para definir la jurisdicción sobre la misma base material.

Bajo este parámetro jurisprudencial, la jurisdicción contenciosos administrativa es abaricante frente a la competencia que tiene para juzgar toda la contratación en que un extremo sea una entidad estatal, esté o no regida por el estatuto general de contratación pública.

En igual sentido el tratadista Luis Guillermo Dávila Vinueza (2016, pág. 31), dice:

Todo lo cual justifica la adopción de una única categoría contractual – la denominada contratos estatales -, con lo cual se evitan los conflictos y divergencias que antaño se suscitaban debido a las disimiles consecuencias que la normatividad hacia derivar en uno u otro evento. Emanación directa de la única categoría contractual, es que se prevea que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, será el de la jurisdicción contenciosa administrativa.

3.3 La legitimación en la causa para atacar los actos, la consecuencia de su impugnación

Va implícito en la noción de contrato el vínculo jurídico de dos extremos, relación bilateral que genera efectos jurídicos para quienes participan de ella, no teniendo límite alguno excepto los establecidos por la Constitución y la Ley, en tratándose de contratos estatales deben observar lo establecido en el Estatuto General de Contratación pública específicamente lo estipulado en el art. 40 inciso tercero, que a la letra dice:

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sea contraria a la Constitución, la ley el orden público y los principios y finalidades de esta ley a los de la buena administración.

El acuerdo de voluntades lleva consigo el cumplimiento de un marco jurídico, además de la realización del principio de la autonomía de la voluntad y los acuerdos el cumplimiento de los fines estatales.

Pero el acuerdo en sí, blindado con el marco jurídico que hemos esbozado tiene efectos en principio entre quienes intervinieron en tales acuerdos y se obligaron dentro del mismo marco, tal como lo dispone el art. 1602 del código civil nacional, que establece que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, pero es obvia la prescripción legal, la bilateralidad no puede comprometer personas ajenas a quienes se obligaron en virtud del marco jurídico vigente y del contrato, por lo que quien no hace parte del contrato recibe la denominación de tercero, sujeto que en principio no lo cobija el poder vinculante del contrato legalmente celebrado. Por lo que debemos dejar claro en qué momento el efecto de un contrato desborda la bilateralidad y se extiende su poder vinculante a terceros.

3.3.1 Terceros en la Contratación Estatal. Al respecto de los terceros dice el tratadista Salamanca (1983): “Denominase tercero a toda persona que no es parte del contrato. Pero hay terceros que, aunque no han intervenido en la celebración del contrato por determinadas consecuencias, adquieren el carácter de parte y son los que la doctrina denomina *terceros relativos*.

“Los terceros absolutos son aquellos que nada tienen que ver con los efectos del contrato”.

En la contratación estatal hay situaciones que, aunque la persona no hace parte del contrato estatal, en determinadas circunstancias termine vinculado a este, para ejercitar medios de control en defensa de su interés o la defensa del orden jurídico objetivo, como también en virtud de la celebración de un contrato estatal de compra venta de bien inmueble, cuando la entidad estatal haga parte de un contrato de hipoteca, cuando quiera que adquirió el inmueble por este gravamen

en virtud de la legislación civil, podríamos tener el ejemplo también de las garantías de los contratos estatales donde la entidad pública es un tercero beneficiario del seguro de conformidad con la legislación mercantil, o quien pretenda la nulidad absoluta del contrato estatal sin ser parte del contrato inicial.

En relación con lo dicho, tenemos que hacer dos precisiones, la primera en la contratación estatal hay terceros que pueden accionar conforme a sus intereses, pero nunca van a ser parte del contrato estatal, es un tercero relativo, solo legitimado para el ejercicio de las acciones legales del derecho de acción para acudir ante los jueces administrativos.

Sobre el derecho de acción el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié (2012, pág. 267), dice: La ley 1437 de 2011, nuevo CPACA, toma partido dentro de la tradicional discusión acerca si se debe hablar de pretensión o de acción, teniendo en cuenta que esta última es el derecho abstracto que tiene toda persona de acudir a sus jueces, independiente de lo que solicite.

En el tema del acto separable vamos a observar que terceros que ejerciten acciones administrativas sean estas contenciosa o no, por el desarrollo y evolución del derecho administrativo, puede incoar acciones judiciales sin que este acto, haga parte del contrato estatal de quien ejercita tales medios de control.

Este tercero a que hacemos referencia lo vamos a analizar desde el punto de vista de los tres medios de control ya definidos en este trabajo cuales son: la pretensión de nulidad, la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho y la pretensión de controversias contractuales, que son los medios de control de más estrecha relación con el acto separable y el contrato estatal.

En la teoría del todo indivisible o *Théorie de l'Incorporation* o *teoría de la invisibilidad* llamada también teoría del *tout indivisible* solo estaban legitimados para entablar acción contractual, como es natural, los contantes, quienes hacían parte del contrato no solamente en lo atinente a asuntos

contractuales sino que mediante la misma acción podían atacar los actos administrativos propio de esa operación administrativa contractual, los actos administrativos en este tipo de operación no se podían aislar para controlar su legalidad mediante las acciones propias de estos actos, no existía en ese paradigma la noción de acto separable, era tan compacta la teoría que todo aquel que no fuese parte contratante era un tercero absoluto, así hubiese sido participe de la operación inicialmente, no existía legitimidad para ejercer control sobre los actos y el contrato sino para quienes suscribieron el contrato, eran los llamados a controlar las acciones administrativas permitidas en la operación administrativa contractual, el sistema era cerrado y restringido, al respecto los tratadistas Marceau Long, Proper Weil, Guy Braibant, P. Devolvé y B. Genevois (2000, pág. 57), sostienen:

Antes de 1905 esa inadmisibilidad concernía, además del contrato en sí mismo, todos los actos administrativos, aun unilaterales, que lo habían preparado y hecho posible; se decía, que eso actos constituían un todo indivisible con el contrato y que no podían en consecuencia demandarse hasta tanto este último fuera definitivo, esta jurisprudencia presentaba graves inconvenientes para los terceros que no disponían de la acción del contrato.

En el contexto de esta teoría, ningún acto administrativo así fuese anterior al contrato, podía controlarse por los medios ordinarios correspondientes a este tipo de actos, sino una vez el contrato estuviese perfeccionado y solo a través de la acción contractual, claro, una vez suscrito el contrato quienes podrían invocar legitimación para controlar los actos y el mismo contrato era solo los contratantes, era una situación excluyente para los que participaron de un proceso y creían tener algún derecho o interés jurídico en debatir los actos previos al contrato, carecían del derecho de acción ya que este solo se reservaba a las partes contratantes.

Sobre este particular el tratadista Dromi (1977, pág. 422), dice:

El supuesto de la incorporación o de la indivisibilidad de los actos precontractuales restringe el círculo de los legitimados a impugnar la ilegitimidad de los procedimientos de contratación, pues las partes contractuales serán las únicas habilitadas para ello y lo harán ante el juez del contrato, dejándose sin protección los intereses de los demás licitadores una vez realizada la perfección contractual.

Este modelo fue profundamente socavado por el fallo Martín, como lo hemos expuesto, decisión donde se admitió por primera vez un recurso de anulación interpuesto por señor Martín quien atacó las deliberaciones del Consejo General sobre las concesiones de tranvías en un departamento francés, las deliberaciones constituían lo actos separables del contrato, y el señor Martín un tercero frente al contrato suscrito interpuso recurso, dicho recurso fue implícitamente admitido por el Consejo de Estado Francés.

De este fallo también surge la noción de tercero frente al contrato estatal específicamente, pero no en la noción del tratadista ya citado, Hernán Salamanca, sino el tercero que está legitimado para interponer los controles y las acciones a los actos precontractuales o al contrato mismo o a actos administrativos unilaterales expedidos en la etapas de la actividad contractual, sin que el derecho de acción lo convierta en parte del contrato estatal por este solo hecho o se vea afectado por los efectos jurídicos del contrato celebrado.

En el medio de control de nulidad establecida en el at 136 de la ley 1437 de 2011, tiene legitimación para impugnar cualquier persona sin que recaiga sobre ella una calidad especial o cumplir un requisito adicional al establecido en el código civil colombiano, esta persona puede ser un participante, un oferente, un contratista, un ciudadano, que tenga algún grado de interés objetivo en cierta actividad contractual, al interponer esta acción la persona está despojada de todo interés

de tipo subjetivo, ya que si esta es su finalidad la opción de la simple nulidad no es correcta, al respecto el tratadista Palacio Hincapié (2012, pág. 277) dice:

Como se trata de una acción pública, cualquier persona (concepto que tiene alcance que señala el art. 73 del código civil) está legitimada para incoarla, con lo cual pueden intentarla las personas naturales, las jurídicas, sean públicas o privadas, las extranjeras que sean residentes en Colombia, los patrimonios autónomos y en general todo aquel que goce de personalidad jurídica.

En nuestra consideración es el medio de control que abarca la mayor extensión de legitimados para impugnar, claro que las pretensiones deben estar encausadas dentro de una actividad contractual que tenga o no un grado de interés es un tema que analizaremos más adelante.

En el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y deducido de la propia definición legal art. 138 de la ley 1437 de 2011, la legitimación la tiene la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, ya no le asiste un ánimo altruista, un avocación objetiva por la vigencia del sistema jurídico al accionante, le asiste un interés personal, particular y subjetivo, pero este interés no implica que en sus pretensiones primero solicite la nulidad del acto particular que potencialmente esté causando o haya causado daño, por lo que las personas legitimadas solo se encuentran dentro de la gama de los perjudicados con el acto administrativo, al respecto el tratadista Palacio Hincapié (2012, pág. 326) dice:

La pretensión de Nulidad y Restablecimiento del Derecho solo puede ser ejercida por quien ha recibido un perjuicio del acto administrativo viciado, como lo dice JEAN RIVERÓ, “esto quiere decir que la decisión atacada debe tener una incidencia sobre su situación personal, que se encontrara mejorada si esta decisión desaparece.

Continuamos con el medio de control de controversias contractuales, es un medio exclusivo de los contratantes en principio, en la cual cada una de las partes de un contrato tiene una serie de pretensiones, podríamos decir que además, de ser una acción indemnizatoria es una acción destinada a solicitar ante la instancia judicial competentes la validez de los actos administrativos contractuales que expide la administración, sin dejar de lado que contiene pretensiones para todo lo relacionada con el contrato mismo.

Sobre este particular el tandista Palacio Hincapié (2012, pág. 394) opina: “La pretensión de controversias contractuales permite a las partes del contrato controvertir todos los asuntos relacionados con las diferencias que se presentan entre la Entidad y el particular contratista...”

En conclusión, están legitimados para la acción contractual únicamente las partes integrantes del contrato estatal, excepcionalmente cualquier persona que demuestre interés directo, pero solo para ser alegada como nulidad absoluta del contrato, sin pretensiones indemnizatorios, de conformidad con el art. 45 de la ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Administración Pública, 2016), que a la letra dice: “De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, y por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación”, disposición concordante con lo dispuesto en el último inciso del art, 141 de la ley 1437 de 2011.

3.3.2 Qué es Interés Directo. En la sentencia 1048 de 2001, emanada de la honorable Corte Constitucional (2001), esta alta corporación registra un dato histórico en relación con el contenido del art. 1742 del código civil¹⁷, cuando en dicha sentencia hace referencia a la definición de interés

¹⁷Artículo 1742 del código civil, dice: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es

directo en la contratación pública, condición que legitima para poder demandar la nulidad absoluta del contrato estatal, este artículo del código civil era el aplicable toda vez que hacia la época no existía un régimen para la contratación administrativa, sobre ello la Corte Constitucional, afirma:

Antes de que el legislador codificara en forma especial los contratos de la Administración pública, se aplicaba el artículo 1742 del Código Civil Colombiano, entre otros, en materia de quienes, además de los celebrantes de un contrato, podían solicitar su nulidad, que señalaba que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello. Este artículo fue objeto de algunas reformas la ley 95 de 1890, artículo 15 y por la ley 50 de 1936. La jurisprudencia en esa época precisó el alcance de dicho interés, al decir que no es el de la simple declaratoria sobre la legalidad o control del ordenamiento jurídico abstracto, sino el especial y concreto, personal y directo.

Esencialmente la Corte Constitucional no ha variado el juicio que históricamente ha sostenido sobre los terceros, si analizamos su doctrina respecto del art. 45 de la ley 80 de 1993, el tercero debe acreditar interés directo, en términos la jurisprudencia sentada por el alto tribunal Constitucional (Corte Constitucional, 1999), cuando decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad del art. 32 de la ley 446 de 1998, que modificó el art. 87¹⁸ del derogado

generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”

¹⁸El texto original del art. 87 del C.C.A decía: ARTÍCULO 87. ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.

La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato.

Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código.

A su vez, este texto fue subrogado por el art. 17 del decreto 2304 de 1989, que decía: ARTÍCULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones.

Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales.

Código Contencioso Administrativo, dijo al respecto: “Entiende la Corte que *“el interés directo”* connota la legitimación que puede derivarse del hecho o circunstancia que lo vincula a la necesidad, no de promover un proceso para definir lo relativo a la nulidad, sino para intervenir en el mismo en razón de que las resultas pueden incidir, repercutir o afectar en cualquier forma o modo su situación e intereses, o el goce o efectividad de sus derechos - no sólo económicamente.”

Esta decisión judicial no fue unánime, los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, salvaron su voto en los siguientes términos: 4.Pero de ahí no puede deducirse que resulte constitucionalmente legítimo arrebatarle al ciudadano su derecho a controlar la actividad contractual de la administración, a pretexto de la supuesta "libertad de configuración legislativa", pues ésta no existe para suprimir el derecho a interponer una acción que pretende defender la Constitución, la ley y la licitud de la causa y objeto de los contratos celebrados con

El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

A su turno, este texto fue modificado por el art. 32 de la ley 446 del 07 de julio de 1998, que decía: “ARTÍCULO 32. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: "Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero **que acredite un interés directo** podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil."

dineros públicos, que, se supone, deben sujetarse a los intereses superiores del Estado y no apartarse jamás de lo previsto por el ordenamiento jurídico positivo.

5. Así las cosas, la exigencia de un interés particular y concreto para demandar la nulidad absoluta de un contrato administrativo, quebranta la Constitución.

Frente a la posición mayoritaria de la honorable Corte Constitucional, sobre lo que se entiende por “*interés directo*”, nos separamos de tal entendimiento, en el sentido de que, sí estamos de acuerdo que exista de quien creé estar legitimado un interés directo, pero no aceptamos en que ese interés directo recaiga sobre el oferente u oferentes exclusivamente, a quienes no le fue adjudicado el contrato estatal, el interés directo a nuestro juicio tiene estrecha relación con los fines de la contratación establecidos en el artículo 4¹⁹ del estatuto contractual, y la razón no es más que la contratación es un medio para que el Estado se provea de bienes obras y servicios, para la comunidad, es la comunidad la real beneficiaria de la contratación estatal y es esta comunidad, a través de sus ciudadanos la que tienen interés directo, siempre y cuando sustente que su legitimación se deriva del deber de cumplir y hacer cumplir los fines de la contratación, es un gama amplia pero es más estricto concebir de esta forma el interés directo que la forma como la Corte lo ha esbozado.

De otro lado el Consejo de Estado (2013) en cuanto a la consecuencia indemnizatoria cuando un tercero deprecia la pretensión de nulidad absoluta del contrato estatal, dijo:

¹⁹**ARTÍCULO 30. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de estos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, ~~además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado,~~ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Tampoco podría el juez administrativo pronunciarse sobre la nulidad del acto de adjudicación si no ha sido solicitada en forma expresa en la demanda, porque el fallo no puede ser extrapetita y la debida formulación del petitum es un presupuesto material para la sentencia de fondo que hace imposible resolver sobre la petición de la parte actora.

La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión.

El Consejo de Estado (2015) amplió a las aseguradoras, a las personas que pueden demostrar interés directo, según este pronunciamiento:

Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o poscontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.

Esta posición, ha sido reiterada en numerosas providencias proferidas por esta Corporación, así lo hizo en sentencia del 22 de abril de 2009”

Sin pretender extendernos en el tema, el concepto de comunidad, sociedad o sociedad civil, beneficiaria directa e las obras, bienes o servicios no tienen legitimación porque carecen de interés directo.

Las veedurías ciudadanas regladas en la ley 850 (Congreso de la República, 2003):

Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas, dice:

Artículo 3o. Procedimiento. Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las organizaciones civiles o los ciudadanos, procederán a elegir de una forma democrática a los veedores, luego elaborarán un documento o acta de constitución en la cual conste el nombre de los integrantes, documento de identidad, el objeto de la vigilancia, nivel territorial, duración y lugar de residencia.

La inscripción de este documento se realizará ante las personerías municipales o distritales o ante las Cámaras de Comercio, quienes deberán llevar registro público de las veedurías inscritas en su jurisdicción.

En el caso de las comunidades indígenas esta función será asumida por las autoridades propias.”

Estas veedurías así constituidas potencialmente tienen un interés directo en la contratación estatal, ya que dentro de los asuntos objeto de veedurías, de conformidad con el art. Primero de la ley ibídem, están “... *encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público*” refiriéndose a las entidades públicas o privadas y organizaciones que operen en el país.

En cuanto al objeto de la ley, el ultimo inciso del art. 4 preceptúa: “Las veedurías ejercen vigilancia preventiva y posterior del proceso de gestión haciendo recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que ejecutan el programa, proyecto o contrato y ante los organismos de control del Estado para mejorar la eficiencia institucional y la actuación de los funcionarios públicos.”

Po último, la facultad a las veedurías para ejercer ante los jueces las acciones que consagran la Constitución en términos del art. 16, que dice:

ARTÍCULO 16. INSTRUMENTOS DE ACCIÓN. Artículo modificado por el artículo 68 de la Ley 1757 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Para lograr de manera ágil y oportuna sus objetivos y el cumplimiento de sus funciones, las veedurías podrán elevar ante las autoridades competentes derechos de petición, y ejercer ante los jueces de la República todas las **acciones** que siendo pertinentes consagran la Constitución y la ley.

Esta norma concreta más las acciones que sobre la gestión contractual debe ejercer la comunidad a través de las veedurías, ya que el art. 66 de la ley 80 de 1993, limita la participación comunitaria de la gestión contractual solo a denunciar antes las autoridades hechos u omisiones, sin más herramientas para la eficacia del control.

El tratadista Expósito (2011) al hacer un análisis de las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, sobre esta última con respecto a los terceros enunciados en el artículo 141 del CPACA, manifiesta:

El nuevo artículo traería cambios significativos al permitir que estén legitimados todos aquellos que vean un derecho afectado con ocasión de la expedición de los actos previos de carácter particular, o de cualquier persona en lo relativo a los actos previos de carácter general, permitiendo así que terceros ajenos a la relación contractual no acreditados como proponentes, pero con un interés específico demostrado en el procedimiento de selección, Logren atacarlos.

Interpreta el Dr. Expósito según la parte citada, que cualquier persona siempre y cuando acredite un interés específico en el procedimiento de selección sea este proponente o no puede atacar los actos previos de carácter general a la suscripción del contrato. Esto es un avance doctrinal.

3.4 Medios de control para la impugnación de los actos separables y el contrato.

Haremos referencia al medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales en este sub capítulo.

En las diferentes etapas de la actividad contractual son muchos y variados los actos administrativos que las entidades públicas expiden para dar cumplimiento a normativa contractual tomando las decisiones mediante actos administrativos conducentes a que el proceso llegue a feliz término o expidiéndolo para dar impulso al trámite respectivo, pero las acciones deben ser pertinentes de conformidad con la etapa de la actividad contractual que se trate, así que un acto administrativo expedido en la etapa precontractual tiene unos medios de control diferentes que si fuese expedido en la etapa contractual, así las pretensiones sean las mismas, tal como nos ilustra el tratadista Palacio Hincapié (2012, pág. 269) en los siguientes términos:

Así, por ejemplo, la acción de Nulidad o la de Nulidad y Restablecimiento, no proceden contra los actos contractuales diferentes a los separables, porque ellos, aunque son susceptibles de impugnarse solicitando las pretensiones de nulidad o nulidad y restablecimiento contra los mismos la acción que procede es la contractual y no otra.

Exponemos un caso hipotético, si intentamos demandar el acto administrativo de adjudicación y no se ha suscrito el contrato, que es el punto indicativo para diferenciar la etapa precontractual de la contractual, el medio de control pertinente sería el de nulidad y restablecimiento del derecho, pero si un acto es demandado posterior al suscripción del contrato el medio de control es controversias contractuales, pero la pretensión es la misma, nuestro desacuerdo es fundado en la medida que al analizar la actividad contractual por etapas como tradicionalmente se hace, trae esta consecuencia inevitable, contrario a nuestra propuesta de tener una perspectiva de proceso con un

solo medio de control, con esta propuesta toda la actividad contractual se miraría como un proceso integrado impugnabile por un solo medio de control.

A esta altura de nuestro trabajo con toda seguridad podemos afirmar que frente al proceso contractual hay tres medios de control para impugnar los actos administrativos expedidos en su curso cuales son: nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, en esta misma línea expreso el Consejo de Estado mediante auto de fecha veinte (20) de junio de dos mil catorce (2014) refiriéndose al art. 141 e la ley 1437 de 2011, dijo:

... por cuanto la norma es clara al indicar que contra los actos administrativos proferidos con anterioridad al contrato pueden ser ejercidos los medios de control de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso. Lo anterior significa que solamente se reservó al medio de control de controversias contractuales a aquellos asuntos que versen propiamente sobre el contrato estatal en si- ... (Consejo de Estado, 2014a)

La posición anterior es reiterada por la misma entidad judicial en sentencia del 24 de octubre de 2018, en los siguientes términos:

2.3. Como puede observarse, el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 consagró diversos medios de control según la etapa de la actividad contractual que se pretenda controvertir, para lo cual indicó que las controversias surgidas frente a actos expedidos antes de la celebración del contrato corresponderían a los medios de control de nulidad -artículo 137 de la Ley 1437 de 2011- y nulidad y restablecimiento del derecho -artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- mientras que los conflictos surgidos en las etapas contractual y post contractual corresponderían de manera exclusiva al medio de control de controversias contractuales, cuya legitimación se encuentra asignada a cualquiera de las partes del contrato (Consejo de Estado, 2018a)

... en el mismo sentido se pronunció el alto tribunal contencioso en sentencia de fecha 31 de enero de 2019 (Consejo de Estado).

Ahora bien, no podemos pasar por alto una novedad contenida en la ley 1437 de 2011, y es la relacionada con la acumulación de pretensiones, la mencionada ley entró en vigor el 02 de julio de 2012 cuál es el relacionado con la acumulación de pretensiones, por su íntima relación con nuestro objetivo.

El art. 165 de la ley 1437 de 2011, regula la figura jurídica que trata de la acumulación de pretensiones, este artículo dice: “En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”

De la lectura de la disposición legal citada, surge el siguiente interrogante, ¿Es factible la acumulación de pretensiones que hemos señalados pertinentes a los procesos contractuales?, para responder esta pregunta, el examen jurídico lo iniciaremos dese la caducidad, el medio de control de nulidad simple no tiene caducidad, salvo las excepciones legales, excepciones que no aplica a

los actos separables, por el contrario el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene una caducidad de cuatro (4) meses, esto nos lleva a concluir que siempre y cuando para este medio de control no haya operado la caducidad, estas pretensiones es posibles acumularlas con el medio de control de controversias contractuales, bajo esta misma cuerda el Consejo de Estado en sentencia de fecha 24 de octubre de 2018, manifestó: “Así, cuando se formulen pretensiones de controversias contractuales con las concernientes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo procedente es su acumulación siempre que se cumplan con los presupuestos establecidos en la ley para ello,...” en similar redacción se pronunció el alto tribunal en sentencia de fecha 31 de enero de 2019 citadas anteriormente.

Iniciando por la etapa precontractual allí se generar distintos actos separables entre ellos podemos identificar los siguientes:

1. El acto administrativo de apertura.
2. Revocatoria del ato administrativo de apertura.
3. Pliego de condiciones.
4. El aviso de convocatoria.
5. Negativa de recibir la oferta.
6. Recepción de ofertas.
7. Rechazo de oferta (s).
8. Acto administrativo de adjudicación.
9. Notificación de adjudicación.
10. Declaratoria desierta de la licitación.

Dentro de esta gana de actos administrativos algunos son de trámite, preparatorios o ejecutivos, que no dan lugar a ser enjuiciados por carecer de un contenido que tenga carácter definitivo, por el

contrario hay dentro de esta etapa actos administrativos que por contener decisiones de fondo legitiman a los interesados para proceder en sede judicial, es más, pueden existir actos administrativos expedidos en la etapa precontractual que no estén dentro de los ya enunciados en este trabajado, pero igualmente se les aplica la misma regla.

Hubo una situación común a todos los actos separables en el sentido más amplio, esto es, los actos administrativos expedidos en cualquier etapa de la actividad contractual y fue la posición del Consejo de Estado cuando entró en vigor el art. 77 de la ley 80 de 1993, mediante providencia del 1ro de marzo de 1994 (2009), en esa época el máximo Tribunal Contencioso trazó siguiente posición:

e) Por consiguiente, cuando el artículo 77 de la ley se refiere a "los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual", está comprendiendo, bajo una denominación única, a todos los actos, tanto los previos al contrato como los posteriores a su celebración y los está sometiendo a todos ellos a un recurso único por la vía gubernativa: el de reposición, y a una sola acción contenciosa: la contractual, salvo que **excepcionalmente** la propia ley haya **permitido** que ciertos actos, tres en total, puedan ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Los tres actos a que hace referencia la sentencia son: 1 - calificación y clasificación de proponentes inscritos en las cámaras de comercio; 2 - el acto de adjudicación; 3 - el acto por el cual se declaran desiertos la licitación o el concurso.

Estudiaremos los actos administrativos relevantes, que tenga la potencialidad ser revisados en sede judicial con decisión de fondo, por contener una situación definitiva, como son el acto administrativo de apertura, el pliego de condiciones y el acto administrativa de adjudicación.

3.4.1 Acto administrativo de apertura. Sin omitir la etapa de planeación que es previa a toda contratación, el primer acto administrativo vinculante dentro del iter contractual es el acto administrativo de apertura, es el acto que le da vida al proceso contractual, se ha discutido si su naturaleza es un acto de tramite o un acto decisorio dentro de la actividad contractual, discusión zanjada por el Consejo de Estado (2011), de esta forma: “Y no puede afirmarse que la apertura de una licitación sea un simple acto de trámite. Todo lo contrario. Allí se consigna una genuina decisión definitiva, que no es otra que sentar las bases mismas del proceso licitatorio: su objeto, los plazos para adelantar el proceso y los sujetos a quien está dirigido. Es por ello, que esta Sala - de antaño- ha reconocido la procedencia de la impugnación judicial autónoma de este acto.

La acción de nulidad que ahora se ha ejercido para obtener la declaratoria judicial de nulidad del acto de apertura de la licitación es procedente, toda vez que el vicio que se le endilga, incompetencia por incapacidad de la entidad licitante, afecta principios que pertenecen a la contratación estatal como modalidad de la actuación administrativa, tales como los de economía y eficacia.”

Compartimos esta posición de nuestro máximo tribunal contencioso toda vez, que el acto administrativo de apertura define la suerte de la futura contratación, sobre el contenido de este acto administrativo, que es de carácter general dispone el decreto 1082 del 26 de mayo de 2015 *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional”*, lo siguiente: “Artículo 2.2.1.1.2.1.5. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título.

El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El Cronograma.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

Sobre este acto administrativo específico, pueden entablar la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de la finalidad que se persiga, en este último caso el demandante deberá tener en cuenta el tiempo de caducidad de este medio de control, de conformidad con la ley 1437 de 2011, es de cuatro (4) meses, siguientes a su publicación y/o notificación, el termino de caducidad del medio de control de nulidad no tiene termino, siempre y cuando el contrato estatal no se hubiere suscrito, ya que opera la caducidad anticipada.

3.4.2 Revocatoria directa del acto administrativo de apertura.

La revocatoria directa es una facultad que tiene las autoridades de dejar sin efecto un acto administrativo por causas legales de oficio o a solicitud de parte, el procedimiento de revocatoria está contemplado en el art. 93 de la ley 1437 de 2011.

Sobre la evocatoria del acto administrativo de apertura se ha pronunciado el Consejo de Estado (2014) sentando la siguiente jurisprudencia:

En suma, el acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección; pero, en cada caso, debe observar las situaciones jurídicas que se han generado y las razones que conducen a adoptar la decisión, para evitar que el acto revocatorio surja viciado de nulidad.

En ese sentido, lo puede hacer discrecionalmente hasta antes de que los interesados presenten sus ofertas dentro del proceso de selección, porque hasta ese momento ninguna situación particular puede afectar; pero, cuando ya se haya presentado alguna oferta, para revocar el acto la administración debe iniciar la actuación de qué trata el artículo 28 del C.C.A. y solicitar el consentimiento de quien o quienes la hayan presentado dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones. En este último caso, de no contarse con tal consentimiento, si se produce la revocatoria el acto surge viciado de nulidad por expedición irregular, a menos que se presente el supuesto previsto en la parte final del inciso segundo del artículo 73 del C.C.A. (que el acto haya ocurrido “por medios ilegales”), caso en el cual la administración puede revocarlo directamente, en cualquier estado del proceso de selección (hasta antes de la adjudicación o de la declaratoria de desierto), sin que entonces requiera el consentimiento expreso de los participantes.

El medio de control en este caso es la nulidad y restablecimiento del derecho.

3.4.3 El pliego de condiciones. El pliego de condiciones el acto administrativo más importante en la etapa precontractual, tiene una función tripartita en el sentido que su fuerza obligatoria se expande a la misma entidad que lo elaboró, al contratista y regula lo atinente al contrato, su naturaleza es mixta, es un acto administrativo general pero también es un acto particular, en él la

entidad pública reúne y compila el conjunto de condiciones técnicas, económicas, financieras y jurídicas que han de regir la contratación, podemos afirmar que es la ley específica de un proceso de contratación, ya que su vigencia se circunscribe a un solo proceso contractual.

Sobre la naturaleza jurídica mixta del pliego de condiciones ha expresado el Consejo de Estado (2013) lo siguiente:

Los pliegos de condiciones han sido definidos como un acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo.

En otro aparte de la misma sentencia el Consejo de Estado ha dicho:

En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes (Consejo de Estado, 1999).

En este orden de ideas, por ser un acto administrativo precontractual, su control se ejerce a través de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

Cabe preguntarnos si el pliego de condiciones es parte integral del contrato o no, sobre este aspecto el tratadista Palacios (2012, pág. 403) dice: “ESCOLA, por ejemplo, considera que el

pliego de condiciones, en cuanto expresa el contenido del contrato, es parte integrante de él, y participa, por tanto, de su naturaleza jurídica”.

Pero el punto más importante para este trabajo que el Consejo de Estado (2013) da a los pliegos de condiciones es la relación de este acto y los fines de la contratación:

La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultando los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993²⁰, de manera que las cláusulas de este están sujetas y circunscritas al objeto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual; su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la Administración.

Por último, de conformidad con el decreto 1082 de 2015 (Departamento Nacional de Planeación, 2015), el pliego de condiciones contiene la siguiente información: “ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1.3. PLIEGOS DE CONDICIONES. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

²⁰El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de estos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.

5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.

7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.

10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.

11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.

12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.

13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.

14. El Cronograma.

Por último es importante anotar que el artículo 4 de la ley 1882 de 2018, adicionó un párrafo al artículo 2 de la ley 1150 de 2007, donde el Gobierno nacional adopta los documentos tipo para los pliegos de condiciones, norma reglamentada mediante decreto 342 del 05 de marzo de 2019 (Departamento de Planeación Nacional, 2019) “Por medio del cual se adiciona la sección 6 de la subsección 1 del capítulo 2 del título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional” que entró a regir al 1ro de

abril de 2019, en esta misma línea el Gobierno Nacional expidió el decreto 2069 del 21 de noviembre de 2019 “Por medio del cual se adiciona la subsección 2, de la sección 6, del capítulo 2, del Título 1, de la parte 2, del libro 2 del Decreto 1082 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”

En principio los pliegos tipo observarán la estructura que para tal efecto reglamentó el Decreto 342 de 2019 para procesos de selección de licitación pública obra pública de infraestructura de Transporte, y el Decreto 2096 del 21 de noviembre de 2019 para los procesos de selección abreviada de menos cuantía para obra pública de infraestructura de Transporte, hay que tener en cuenta que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente - como organismo técnico especializado en su calidad de ente rector de la contratación, se encuentra dentro de la estructura del Estado como la competente para efectuar la micro-regulación necesaria tendiente a desarrollar e implementar el contenido de los Documentos Tipo de los que trata el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018.

Hay que tener en cuenta lo mencionado en la parte motiva del Decreto 2096 (Departamento Nacional de Planeación, 2019) que dice:

Que la competencia de micro-regulación en cabeza de la Agencia Nacional de Contratación Pública con la que cuentan los organismos administrativos según las propias voces de la Sentencia C - 1005 de 2008 emitida por la Corte Constitucional, se justifica por cuanto son los entes depositarios de la información relacionada de manera directa e inmediata con el funcionamiento práctico de las herramientas de creación legislativa y se encuentra sometida a las directrices establecidas por la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

3.4.4 Rechazo de Ofertas. La exclusión de un proponente de un proceso selectivo debe sustentarse en aspecto legales soportados en normas o en el pliego de condiciones, no opera arbitrariamente so pena de violar el principio de libre concurrencia²¹, pero para que sea objetivo el rechazo el pliego de condiciones debe tener la misma característica, que no son otras que las contenidas en el art. 3 y numeral 5, art. 24 de la ley 80 de 1993.

Pero el principio de la libre concurrencia, que es una expresión del principio de igualdad, puede tener excepciones tal como lo explica la Corte Constitucional (2009) en estos términos:

Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.

En términos de la Corte, el rechazo de oferta puede ser un acto legal sino el proponente no se asegura de cumplir las reglas del pliego de condiciones y las normas superiores que regulen la contratación, rechazo que debe ser motivado por mandato del numeral 7 del art. 24 de la ley 80 de 1993.

En igual sentido el Consejo de Estado (2013a) ha sostenido:“ De esta manera, según el régimen normativo de Contratación estatal vigente, se encuentra que al rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta correspondiente procedimiento de selección contractual, solo puede adoptarse o decidirse de manera valida por parte de la respectiva entidad estatal

²¹La libre concurrencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Corte Constitucional Sentencia C-713/09.

contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: i) cuando el respectivo proponentes encuentre incursión en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura Contratación o al proponente “ que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas “ y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

El rechazo de la oferta solo-legítima en el medio de controles pertinentes a quien se cree lesionado por la decisión, en este caso es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.4.5 El acto administrativo de adjudicación. En términos de la doctrina tradicional es el último acto administrativo de la etapa precontractual, es un acto subjetivo y particular, que contiene la decisión definitiva de la administración de quien cumple las condiciones del pliego de condiciones frente a sus competidores en igualdad de condiciones y define quien será el contratista, a quien se le notificará la decisión de conformidad con la ley.

Ha sido el único acto separable que siempre ha mantenido esta condición, al igual que el acto que declara desierta la licitación, Las causales para el ejercicio de su control son las mismas causales de la nulidad simple establecidas en el art. 137 de la ley 1437 de 2011.

Sobre la revocabilidad del acto administrativo de adjudicación el inciso 3, art 9, de la ley 1150 de 2007 dice: “El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.”

Consideramos que estas causales de revocatoria del acto administrativo de adjudicación son específicas de este tipo de acto, por lo que no se aplican las causales establecidas en la ley 1437 de 2011, dado su irrevocabilidad según la norma transcrita,

En este sentido el Consejo de Estado (2017) ha sentado la siguiente doctrina en relación con el acto administrativo de adjudicación:

En efecto, a la adjudicación del contrato estatal se refieren, entre otras normas, los artículos 24, numeral 7º; 25, numeral 8º; 30, numerales 9º, 10º y 12º, y 77 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, de todos los cuales se infiere que la adjudicación del contrato es: (i) Un acto administrativo, razón por la cual debe ser motivado en forma razonada y suficiente, y expedirse con las formalidades propias de este tipo de actos jurídicos. (ii) Un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la administración adopta una decisión definitiva sobre la futura celebración del contrato proyectado. En esa medida, el acto de adjudicación debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes, y puede ser controlado por la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa, como lo permite expresamente el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(iii) Un acto administrativo de alcance particular, razón por la cual debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás oferentes y, en principio, solo puede ser demandado judicialmente por quien demuestre tener un interés directo y personal en dicho acto.

Como se observa, el cambio principal que trajo esta norma, frente al numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80, consiste en prever dos excepciones a la irrevocabilidad del acto de adjudicación, que antes estaba consagrada en términos absolutos. Tales salvedades son: (i) cuando el adjudicatario incurre en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, esto es, posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato, y (ii) cuando pueda demostrarse que la adjudicación “se obtuvo por medios ilegales.

Aclaremos que el numeral 11 del art. 30 de la ley 80 de 1993, fue derogado por el art. 32 de la ley 1150 de 2007.

Sobre la judicialización de este acto el parágrafo 1, del art. 77 de la ley 80 de 1993, preceptúa: “Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.”

El legislador trazó a través de la ley el medio de control pertinente al acto de adjudicación, ello significa que no es procedente el medio de control de Nulidad para impugnar este tipo de acto,

Sobre este punto el Profesor Expósito Vélez (2011), dice lo siguiente:

En esa medida, si es interpuesta la demanda alegando la pretensión de nulidad del contrato por la nulidad de algún acto previo, en nada podrán demostrarse perjuicios al licitante vencido, mientras el acto de adjudicación permanezca con la presunción de legalidad que

ostentan todos los actos administrativos, razón por la cual debe ser este último el acto que debe ser atacado para que el licitante vencido pueda alegar perjuicios por esta situación.

Esto es, si la causa en la pretensión de nulidad absoluta del contrato es la nulidad de los actos previos, hay restablecimiento del derecho o indemnización, si es nulo el acto administrativo de adjudicación.

3.4.6 Acto administrativo que declara desierta la licitación. Al igual que el acto administrativo de adjudicación, es un acto definitivo, siempre ha sido considerado un acto separable que comparte igual naturaleza que aquel.

Sobre este acto existe un antecedente normativo, en el derogado decreto ley 222 de 1983, el texto de la norma decía lo siguiente:

Decreto ley 222 de 1983. “en efecto, el artículo 42 supeditaba dicha declaratoria a los siguientes eventos: de cuando se declara desierta la licitación o concurso de méritos. El jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos:

1. Cuando no se presente el número de mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación.
2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos previstos en este estatuto o en sus normas reglamentarias.
3. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación.
4. Cuando se hubiere violado la reserva de estas de manera ostensible y antes del cierre de la licitación o concurso.

5. Cuando a su juicio, las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante.

En los casos previstos en los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo, la declaratoria deberá hacerse mediante resolución motivada.

En el numeral 5, del Decreto hay una clara causal subjetiva, “Cuando a su juicio, las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante” que cualquier entidad podía acudir a ella en caso de que sus intereses particulares no fuera lo deseados, algo que superó la ley 80 de 1993 en el numeral 18 del art. 25 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 2018) que dice:

La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impida la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

Este acto administrativo, en el contexto de la teoría del acto separable, vendría a ser el típico acto precontractual, su existencia y efectos son absolutamente independientes de la existencia de un contrato, su motivación requiere de una importancia extraordinaria ya que trunca la realización de los fines de la contratación, la finalidad perseguida por el proceso contractual se ve frustrada ante un suceso que solo puede tener una disculpa legal.

Así como se garantiza la libre concurrencia, en forma simétrica, el proceso contractual no es exitoso sino se cumplen los requisitos legales de la convocatoria pública, los requisitos legales deben observarse rígidamente, porque ello constituye una garantía en el cumplimiento del cometido contractual y la tranquilidad para los administrados de que la gestión estatal es eficaz en el cumplimiento de las reglas contractuales, sobre el particular y acorde a lo que hemos venido afirmando se pronunció el Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2013a):

21.4 Según la jurisprudencia de la Sala la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto en proceso de selección de contratista, decisión que solo resalta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglado.

21.5 De consiguiente, no cualquier hecho puede conducir a la declaratoria de desierto de un proceso de selección, sino que es menester que aquel impida la selección objetiva de la propuesta dentro del marco dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Igualmente, no escapa de la motivación todos los principios de la función administrativa y los propios de la ley 80 de 1993, así lo determinado el Consejo de Estado, en los siguientes términos (2016):

La Sección ha señalado que siempre que la administración declare desierto un proceso de selección por la imposibilidad de escoger objetivamente, deberá observar los principios de la función administrativa (artículo 209 Superior), los principios de la Ley 80 de 1993, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

El medio de control para este acto es de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

3.4.7 Término de Caducidad de la Acción. Siguiendo una secuencia normativa analizaremos la evolución de los términos de caducidad para trabar las acciones de los actos separables o precontractuales desde 1984.

El decreto 01 (Ministerio de Justicia, 1984) publicado diario oficial año CXX N. 36439 10 enero 1984, Este decreto Originalmente preceptuaba dentro de la definición de acciones relativas

a contratos lo siguiente en relación con los actos separables: “Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código”.

Este inciso debía armonizarse con lo prescrito en el art. 136 del decreto 01 de 1984, que decía: “Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato”.

Este texto estuvo vigente desde: 02/01/1984 hasta el: 06/10/1989.

Las otras acciones distintas a las de controversias contractuales aplicables a los actos separables eran la de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, pero la norma no disponía de un término para su interposición o ejercicio, lo que indicaba que estas acciones tenían los mismos términos que el código contencioso administrativo tenía prevista para cada una de ellas.

El texto del art. 87 original del decreto 01 de 1984, fue modificado por el art. 17 del decreto 2304 de octubre 07 de 1989²², publicado diario oficial Año cxxvi. No. 39013 7, octubre, 1989 pág. 68-

El art. 68 de este Decreto prescribía que su vigencia iniciaría a partir de su publicación, esto es, desde el 07 de octubre de 1989 hasta el 06 de julio de 1998.

Pero esta modificación no varió en nada lo relativo a actos separables que tenía establecido el modificado art. 87 del Decreto ibídem.

Al respecto el Consejo de Estado (2009) puntualizó: “No obstante la modificación de que fue objeto el Código Contencioso Administrativo, mediante el Decreto 2304 de 1989, la

²²Artículo 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuentes; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones. Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales. El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”

Jurisprudencia del Consejo de Estado, mantuvo la misma postura en torno a los actos separables del contrato, como puede advertirse en el siguiente pronunciamiento:

El Decreto 2304 de 1989, por sus artículos 17 y 23 modificó los artículos 87 y 136 del C.C.A. y eliminó de ellos los textos transcritos; sin embargo, la situación de los actos contractuales y de los separables continuó igual, según diversas manifestaciones jurisprudenciales, con la salvedad de que la impugnación, por vía jurisdiccional, de estos últimos se podía hacer sin la limitación del artículo 136 antes transcrito; en otros términos, la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho se podía intentar desde el momento de su expedición, para todos ellos y no solamente para el acto de adjudicación.

En 1993, entra en vigor la ley 80 a partir el 28 de octubre de 1993, aclarando que algunos artículos cobran vigencia en forma diferida, esta ley derogó expresamente el decreto 01 de 1984, salvo los arts. 108 a 113, que sobre la oportunidad de los actos separable estableció en el art. 77. El siguiente texto:

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso administrativo.

PARÁGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.”

En providencia del 1ro de marzo de 1994, antes citada, y a propósito del art. 77 de la ley 80 de 1993, salvo el acto de adjudicación, el acto administrativo que declara desierta una

licitación y el acto calificación y clasificación de proponentes inscritos en las cámaras de comercio, el Consejo de Estado consideró que todos los actos expedidos en la actividad contractual tenía una sola acción contenciosa, obviamente que sería la contractual, con una caducidad que el legislador siempre ha señalado de dos (2) años, independientemente del momento en que empiece a computarse dicho termino, en este sentido se pronunció el Consejo de Estado, así:

d) En consonancia con lo anterior y - teniendo en cuenta que la acción contractual parte del supuesto de la celebración del contrato.

Es claro que los actos previos a él, con las excepciones vistas, solamente se podrán impugnar con posterioridad a dicha celebración, juntamente con el contrato, o con independencia de él (parágrafo 2o. artículo 77), pero siempre bajo la égida de la misma acción (Consejo de Estado, 1994).

Siguiendo el orden cronológico, el art. 87 del ya modificado decreto 01 de 1984, fue reformado por el art. 32 de la ley 446 de 1998 (Ministerio de Justicia, 1984)²³, diario oficial año CXXXIV No 43335. 8 julio, 1998. pág. Vigente a partir de su publicación de conformidad con el art. 163 de la misma ley, presenta una variación importante en cuanto a los actos separables, la parte pertinente a la variación decía: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la

²³ Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”

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”

Esta modificación eliminó el término separable y la sustituyó por “los actos proferidos antes de la celebración del contrato” y expresamente menciona los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que no estaba expreso en el texto anterior de la norma con un término de caducidad de treinta (30) días.

Sobre este tema de caducidad de los actos administrativos el Consejo de Estado (2001) manifestó lo siguiente: “El inciso segundo de la norma transcrita art. 32 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del art. 87 del C.C.A., estableció una innovación considerable en materia de caducidad de las acciones en contra de los actos previos a la celebración del contrato, en tanto los sustrajo de la aplicación general del plazo de caducidad de cuatro meses previsto en el art. 136 del C.C.A para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que sólo podrán impugnarse dentro del término especial de los 30 días, siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según el caso, cualquiera sea la acción que se escoja.

De la misma manera, debe entenderse modificado por la preceptiva anterior el párrafo 1º del art. 77 de la ley 80 de 1993, en tanto la impugnación del acto de adjudicación debe ejercerse dentro del término especial señalado por el art. 87 del C.C.A y no en el general previsto por el art. 136; así mismo sufrió modificaciones lo estipulado en el párrafo segundo, pues aquello de que 'para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina', debe ahora armonizarse con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 87, en cuanto en algunos casos si será necesario demandar la nulidad del contrato.”

Sobre este punto el Dr. Expósito Vélez dijo: “Huelga decir que, con esto se elimina la discusión acerca del término de caducidad de la acción, a términos de hoy, del acto que declara desierto el procedimiento de selección, toda vez que el H. Consejo de Estado dictaminó que dicho término era de treinta (30) días y no de cuatro (4) meses, homologándolo en todos sus efectos al acto de adjudicación y de contera a los demás considerados separables del contrato.”

Por último, la ley 1437 de 2011, ya citada, entró a regir el 02 de julio de 2012, que sobre los actos precontractuales dice: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este código, según el caso.

El discurso del legislador del CPACA varió en la semántica, al no referirse ni a los actos separables ni a los actos precontractuales, sino a los actos “*antes de la celebración del contrato*” pero si deja claro que los medios de control son diferentes, antes y después de suscrito el contrato.

Se colige de todo lo anterior que:

1. La nulidad simple no tiene término de caducidad.
2. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene una caducidad de cuatro (4) meses.
3. Si se prende la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo que declara desierta la licitación, el término de caducidad es de cuatro (4) meses.
4. El término de caducidad para el medio de controversias contractuales será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirve de fundamento, al tenor del literal j del art. 2 de la ley 1437 de 2011. Este sería el único medio de control para todos los actos tanto unilaterales como el contrato mismo en las etapas contractual y poscontractual.

El epilogo del capítulo es profundizar sobre los diferentes actos administrativos de la etapa precontractual, ya que en esta etapa proceden dos medios de control el nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho con un tiempo de caducidad diferente pero una vez suscrito el contrato opera la caducidad anticipada y dá paso al medio de impugnación de controversias contractuales para los demás actos expedidos con posterioridad a la firma del contrato, en total dentro de un mismo proceso contractual hay tres medio de control, si optimizamos los medios de control reduciríamos a un solo medio de control la impugnación de actos unilaterales y bilaterales dentro del proceso contractual, que es nuestra propuesta.

Teniendo en cuenta los capítulos precedentes exponemos en el siguiente capítulo nuestra propuesta.

Capítulo IV Propuesta.

Concluido el desarrollo capitular, podemos sintetizar las líneas del presente trabajo, así:

1. Que el ato separable es objeto de estudio del derecho administrativo, disciplina del derecho que estudia su desarrollo y contenido, por ser este una especie de acto administrativo.
2. La Teoría de la indivisibilidad.
3. El fallo Martín.
4. Definición de loa actos administrativos separables y precontractuales.
5. Efectos de la teoría de la separabilidad.

6. Los medios de control de los actos separables y de las relaciones bilaterales.
7. Acumulación de pretensiones aplicada al proceso contractual.

Como lo hemos evidenciado en este trabajo el Consejo de Estado, en reiterado juri prudencia ha sostenido claramente que en el proceso contractual hay tres medios de control para la impugnación de los diferentes actos administrativos y contratos, como consecuencia de la separabilidad, que a su vez tiene otra consecuencia, configura el proceso contractual por ciclos, entendido este en el sentido que el proceso contractual está estructurado en tres etapas, etapa precontractual, en cuyo desarrollo se expiden los actos administrativos denominados separables, cuyo análisis detallado desarrollamos en este trabajo, dichos actos son impugnables solo mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, solo a partir de la suscripción del contrato el medio de control para impugnar el acto jurídico bilateral y los actos administrativos contractuales es el de controversias contractuales, pertinente solo en las etapas contractual y poscontractual. igualmente, una de las diferencias fundamentales de estos medios de control es la caducidad, cada uno tiene una caducidad diferente. Desde el inicio y desarrollo de la contratación pública la idea de la separabilidad ha estado presente en la historia y la lógica de la contratación estatal, hace parte esencial de nuestro imaginario jurídico, este ha sido el paradigma dominante, este modelo es precisamente el que hemos analizado y nos proponemos transformar, consideramos que el paradigma de la separabilidad ha cumplido su vida útil, un primer avance lo registramos en la definición de proceso que el legislador ha consagrado en el derecho positivo nacional es la definición de proceso, no hay precedente sobre esta definición por eso precisamos en transcribirla.

El decreto 1082 (Departamento Nacional de Planeación, 2015) “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, que compila

normas del Estatuto General de Contratación en su Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Trae esta definición que ha quedado inadvertida por muchos estudiosos en el tema, que dice:

Proceso de Contratación: Conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde.

Es una definición que está llamada a mejorar, pero sienta los cimientos indispensables para el propósito de este trabajo.

En esta definición está la génesis de nuestra propuesta, tal vez no nos hemos percatado de sus trascendencia por estar redactada a nivel de decreto, un primer análisis de la definición es que la planeación la integra al proceso de contratación, actualmente el principio de planeación es un principio rector de la contratación pública ponderado con idéntico peso que los demás principios de la contratación, este principio aparece reglado en vigencia de la ley 80 de 1993 numerales 7 y 12, del art. 25, luego es reglamentado por primera vez en el derogado decreto 2170 de 2002, como estudios previos, forma como se materializa el principio de planeación, los estudios previos se realizan en una fase anterior al acto administrativo de apertura, de ahí su nombre, acto que le dá vida jurídica al proceso contractual y primer acto precontractual, esto es, no está concebido dentro de las etapas ordinarias del proceso contractual, por ser anterior a estas, dese la reglamentación de los estudios previos hasta hoy la planeación no es solo una fase, es una actuación primordial para el éxito de un proceso contractual.

En la definición de proceso ya incorporada en nuestro sistema jurídico ordena este como un conjunto de actos y actividades y su secuencia desde la planeación, se concibe el proceso de una

forma integral y no por etapas, en nuestro sensato parecer, ¿siendo integral el proceso porque no plantear entonces un solo medio de control?

Es indispensable iniciar un proceso de construcción sobre este interesante tema, como lo vamos a exponer.

Ahora, no sobra resaltar que la intervención de terceros fue un argumento estructurante de la teoría de la separabilidad, pero este logro con respecto a los terceros no se pierde con la concepción integral de proceso contractual propuesto, dicha intervención es sana y necesaria conforme al interés directo que logren demostrar los interesados en su impugnación.

Volamos a los medios de control, analizaremos en paralelo cuales son las pretensiones de cada una, para resolver si es posible un medio único de control.

En la siguiente tabla comparativa describimos para análisis las pretensiones de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho por un lado y por la otra el medio de control de controversias contractuales:

Tabla 1. *Pretensiones de nulidad y restablecimiento – Pretensiones de controversias contractuales.*

Pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho	Pretensiones de controversias contractuales
Sin competencia	Que se declare la existencia del contrato.
Expedición en forma irregular	Que se declare la validez o invalidez del contrato.
Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa	Que se declare la nulidad relativa o absoluta del contrato.
Falsa motivación	Que se ordene la revisión.
Desviación de las atribuciones propias de quien los profirió	Que se declare su incumplimiento.
Restablecimiento del derecho	Que se indemnicen los perjuicios causados.
Que se repare el daño	Que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales.
	Que se liquide el contrato.

Nota: Elaboración propia

Este comparativo no significa que son correspondientes o simétricas las pretensiones enumeradas de un lado con el otro sino conexas, hay pretensiones para preservar el derecho objetivo, la nulidad de actos administrativos con la finalidad de restablecer un derecho o reparar un daño, pretensiones indemnizatorias y otras más, este conjunto de pretensiones no son incompatibles, podemos concebir un solo medio de control ,para impugnar el proceso contractual en la forma integral como lo hemos venido exponiendo, incorporando las pretensiones de los actuales medios de control relacionados con las diferentes etapas del proceso y avanzar en la optimización del proceso honrando los principios de celeridad y economía propios de la función administrativa.

Un tema adicional pero muy relacionado con el trabajo es en cuanto a los legitimados para la impugnación, esta debe extenderse a la sociedad representada en la veeduría ciudadanas, ya que la sociedad es la beneficiaria de los bienes obras y servicios contratados, no queremos extendernos, pero si enunciar esta necesidad en el contexto de nuestra propuesta.

El medio de control procesal planteado lo denominaremos “*Acción de transparencia contractual*”, es más puede ser cualquier otra designación, que permita impugnar judicialmente todos los actos expedidos dentro del proceso integral que adicionalmente denominamos de adquisiciones, concentrando en la definición todas las pretensiones que hoy están en tres medios de control , siendo legitimados las partes del contrato, los terceros u ofertantes, las aseguradoras, las veedurías ciudadanas y las personas, estos ultimo entes, materializa el interés de la sociedad en el proceso, todos acreditando un interés no necesariamente directo, puede existir un interés abstracto, en primer término, el art 41 de la ley 1437 de 2011 vigente, en el inciso segundo dice: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”. Esta

norma constituye el fundamento legal para afirmar que los actos administrativos precontractuales son objeto de impugnación mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, ante el hecho hipotético de presentarse una demanda contra dichos actos esta solo es viable antes de la celebración del contrato, ya que ocurrido este hecho el medio de control es el de controversias contractuales, pudiendo existir la acumulación de pretensiones.

Pero soluciona la figura jurídica de acumulación de pretensiones, nuestro objetivo de proponer un solo medio de control, la respuesta es no, un requisito del art. 165 de ley 1437 de 2011, para acumularse pretensiones es que la acción no haya caducado siendo la más corta en tiempo la de nulidad y restablecimiento del derecho que es de cuatro (4) meses, lo que soluciona esta figura es la caducidad anticipada de que trata la Corte Constitucional en la sentencia que vamos a estudiar.

La Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 87 parcial del código contencioso administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, hoy derogado, en dicha sentencia (2001), el demandante de la norma, según la corte, sostenía:

...el demandante intenta demostrar cómo las normas acusadas impiden, una vez suscrito el contrato administrativo de que se trate, que cualquier persona pueda demandar la nulidad de alguno de los actos preparatorios del mismo a través de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, de tal modo que la suscripción del contrato se convierte en la mejor vía para sustraer dichos actos del control jurisdiccional del Estado.

La corte en su argumentación para declarar exequible la norma acusada, en otro aparte de la misma sentencia, dijo:

De su parte, la interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto

afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual.

...en la conclusión de toda la ratio *decidendi* por parte de la Corte, es el siguiente:

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 siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. 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.

En conclusión, la acumulación de pretensiones de que trata el art, 165 del CPACA, soluciona el tema de la caducidad anticipada, removiéndola de nuestro sistema jurídico, pero el proceso contractual aún en vigencia de esta norma todavía es un proceso por etapas, con su consecuente medios de control y los efectos aquí analizados, además de ser un mandato legal.

En este orden de ideas concluimos que, la acumulación de pretensiones resuelve el tema de la caducidad anticipada pero no resuelve nuestra inquietud trazada en este trabajo.

A continuación, exponemos un modelo que representa piramidalmente en tres niveles básicos el orden normativo del proceso, siendo el primer nivel el nivel fundamental, seguido del nivel legal

terminado con el proceso a cargo de las entidades públicas, siendo esta la forma como concebimos toda la estructura jurídica de los procesos de selección.



Figura 1. Jerarquía normativa del proceso integral

Planteamos gráficamente una pirámide donde se muestra una jerarquía normativa de la regulación jurídica de los procesos de selección, en la parte inferior está lo que denominamos proceso integral que denominamos de adquisiciones, es una visión particular de los actuales procedimientos de selección, sin que esta visión amplíe o modifique nuestros objetivos en este trabajo, al eliminarse el acto separable por la noción de acto integral los procesos de selección como lo conocemos serían procesos integrales, generando una forma concéntrica de enfocar el proceso contractual.

Determinamos que es integral por cuanto todas las tapas que actualmente existen se subsumen en un solo proceso, en cuyo curso se expiden todos los actos unilaterales y bilaterales, impagados por un solo medio de control, cuya denominación es ajustable por quienes tiene el deber de legislar.



Figura 2. Esquema gráfico del proceso Contractual.

Esta gráfico refleja nuestro pensamiento del proceso contractual, no por etapas como tradicionalmente lo hemos entendido, sino concéntrico, significando con ello una evolución del proceso contractual en la cual no existen las etapas, sino las relaciones unilaterales y bilaterales desde con la planeación como punto de inicio del proceso, es una visión diferente al modelo tripartita del proceso que reflejan es un enfoque unidimensional del proceso contractual, no pretendemos al igual que el gráfico anterior sobre el cual hicimos claridad, que esta sea nuestra propuesta , sino al proponer un único el medio de control genera esta consecuencia.

Proponemos un medio de control único, que consecuentemente convertiría el proceso contractual que actualmente está concebido por etapas en un proceso concéntrico, ya que concebir el proceso contractual por etapas aísla todos los actos administrativos de la etapa precontractual de las demás etapas, impugnándolos por el medio de control propios de los actos administrativos unilaterales, quedando los demás actos administrativos unilaterales para ser impugnados por el

medio de control de controversias contractuales, dando este salto por la sola suscripción o perfeccionamiento del contrato estatal, sin perjuicio de la acumulación de pretensiones.



Figura 3. Legitimación en la Causa o participación de terceros.

Por último, no existiendo un medio de control único de impugnación de los actos administrativos expedidos en el proceso contractual tendríamos que distinguir, quienes tienen legitimación en la causa en la etapa precontractual y quiénes legitimación en la causa en la etapa contractual y poscontractual, por el contrario, con un medio único de control la legitimación en la causa sería homogénea las partes, el Ministerio Público y quienes acrediten interés directo, noción que se ampliaría a terceros en interés de la legalidad y a la sociedad.

Volvamos a la primera premisa, para los legitimados en la etapa precontractual, acudiremos al principio general de impugnación de los actos administrativos cual es que los actos administrativos generales tienen legitimación cualquier persona, mientras que los actos administrativos subjetivos solo está legitimado quien sea lesionado con el acto, en las etapas subsiguientes solo están

legitimados las partes del contrato, y solo para pedir exclusivamente la nulidad absoluta del contrato están legitimados el Ministerio Público y terceros que acrediten interés directo, como conforme al inciso tercero. art. 141 de la ley 1437 de 2011, como vemos son múltiples las variables para la impugnación de un proceso contractual, refiriéndonos a las tres etapas.

De otro lado, si el tema lo analizamos desde la perspectiva de la caducidad, el panorama no deja de ser favorable a nuestra propuesta, cada medio de control involucrado en el proceso contractual para su impugnación tiene una caducidad diferente, la acción de nulidad salvo las excepciones legales no tiene caducidad, pero es el medio de control con menos opción de ser utilizado. El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene una caducidad de cuatro (4) meses y el medio de control de controversias contractuales tiene una caducidad de dos (2) años, de conformidad con la legislación actual.

4.1 Conclusiones

- El acto administrativo separable se predica exclusivamente de los actos precontractuales, que son aquellos expedidos en la primera etapa del proceso contractual.
- No obstante, lo anterior, en las demás etapas, esto es la contractual y poscontractual, también se expiden actos administrativos, pero estos no tienen la calidad de separables.
- Dentro del paradigma actual, el proceso contractual está estructurado por etapas, situación que necesariamente tiene consecuencia en los medios de control para impugnar.
- Los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual tienen dos medios de control, el de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que en las etapas subsiguientes el medio de control para impugnar es el de controversias contractuales, cada uno con

un período de caducidad diferente, sin perjuicio de la acumulación de pretensiones con observación de los requisitos legales.

- Nuestra propuesta plantea un solo medio de control para todas las etapas de esta forma se evolucionaria a un proceso concéntrico con un solo termino de caducidad.
- El medio de control único abandonaríamos la visión del proceso contractual por etapas y lo dimensionaríamos concéntricamente.

Referencias bibliográficas

(1994). *Revista jurisprudencia y doctrina*(269), 663.

Bastidas Bárcenas, H. (2014). La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos. *Con-Texto. Revista de Derecho y Economía*, 51-65. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/3852/4107/>

Congreso de la República. (1941). *Ley 167. Diario Oficial No. 24.853, de 7 de enero de 1942.* Obtenido de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0167_1941.htm

Congreso de la República. (2003). *Ley 850. Diario Oficial No. 45.376, de 19 de noviembre de 2003.* Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0850_2003.html

Consejo de Estado. (1987). Sala de los Contencioso Administrativo, sección Tercera auto 06 de abril. Ref. Radicación No. 5050. Nulidad. Bogotá.

Consejo de Estado. (1993). Ley 80. Art. 77. Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1994-00071-01\(14390\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).pdf)

Consejo de Estado. (1994). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de enero; Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Expediente: 9118; en similar sentido puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Bogotá.

Consejo de Estado. (1994). Sección Tercera, auto de 10 de marzo de 1994, Exp. 9118. Bogotá.

Consejo de Estado. (1999). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá.

Consejo de Estado. (2001). Sección Tercera, Radicación No. 19777. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.

Consejo de Estado. (2006). Sala de lo contencioso administrativo sección tercera, C.P: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188). Bogotá.

Consejo de Estado. (2006). Sala de lo Contenciosos Administrativo, sección tercera, exp. 2003-00434-01 (29231).

Consejo de Estado. (2007). Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera consejero ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número: 11001-03-26-000-2004-00004-01(26649). Bogotá.

Consejo de Estado. (2008). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación No. 25000-23-26-000-2005-01571-01. Referencia: apelación auto que rechazó la dem. Bogotá.

Consejo de Estado. (2009). Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, C.P: Myriam Guerrero de Escobar. Radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667). Bogotá.

Consejo de Estado. (2010). Sala de lo contencioso administrativo sección tercera, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). Bogotá.

Consejo de Estado. (2010). Sección tercera. Radicación número: 50001-23-31-000-2009-00040-01(36871), C.P (E): Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá.

Consejo de Estado. (2011). Sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección b, consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación al número: 11001-03-26-000-1999-00045-01(16763). Bogotá.

Consejo de Estado. (2013). Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera subsección c.

C.P.: Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).

Bogotá.

Consejo de Estado. (2013a). Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B,

C. P (E) Danilo Rojas Betancourth. Radicación numero: 25000-23-26-000-1998-01825-01

(23734). Bogotá.

Consejo de Estado. (2013a). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección

A, C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 44001233100019990082701, expediente:

24.059. Bogotá.

Consejo de Estado. (2014). Sección tercera, sentencia 6001233100019980109301 (31297) C.P.

Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá.

Consejo de Estado. (junio de 20 de 2014a). Sala de lo contencioso administrativo sección tercera,

subsección b, consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Radicado:

110010326000201300167 00 (49160). Bogotá.

Consejo de Estado. (2015). Sección tercera, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación:

250002326000200900030 01 (40.271). Bogotá.

Consejo de Estado. (2016). Sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección A,

C.P: Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 23001-23-31-000-1998-10367-

01(35721). Bogotá.

Consejo de Estado. (2016). Sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección B,

C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-

01852-02(33126). Bogotá.

Consejo de Estado. (2017). Sala de consulta y servicio civil, C.P: Álvaro Namén Varga.

Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346) . Bogotá.

Consejo de Estado. (2017). Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda sub sección

A, C.P: Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12). Bogotá.

Consejo de Estado. (2018). Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera C. P:

Hernando Sánchez Sánchez. Radicación número: 25000-23-24-000-2006-01027-01 Actor: Asociación de vecinos unid. Bogotá.

Consejo de Estado. (24 de octubre de 2018a). Sala de lo contencioso administrativo, sección

tercera–subsección “B”, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Radicado: 20001-23-26-000-2013-00502- 01 (54132). Bogotá.

Consejo de Estado. (31 de enero de 2019). Sala de lo contencioso administrativo sección tercera,

subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Radicación número: 25000-23-36-000-2014-01265-01(577). Bogotá.

Corte Constitucional. (1994). Sentencia No. C-513. Ref. expediente 606, M.P. Antonio Barrera

Carbonell.

Corte Constitucional. (1997). Sentencia No. C-199. Ref. expediente D – 1471 , M.P. Hernando

Herrera Vergara.

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-563, Expediente D-1989, M. Antonio Barrera Carbonell

y Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-221/99 M.P: Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá.

Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-1436/00, Expediente D-2952, M. Alfredo Beltrán

Sierra. Bogotá.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C 1048. Referencia: expediente D-3471 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-1048/01*. Obtenido de Función Pública: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=6924

Corte Constitucional. (2009). Sentencia C – 713. Ref. expediente D-7663 M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C – 710. Referencia: expediente D-3287, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Dávila Vinuesa, L. G. (2016). Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Editoria Legis.

del Valle Tavares Duarte, F. (2001). Teoría de la indivisibilidad entre los actos administrativos y los contratos de la administración pública. Obtenido de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/121/rucv_2001_121_109-124.pdf

Departamento de Planeación Nacional. (2019). *Decreto 342. "Por el cual se adiciona la Sección 6 de la Subsección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20342%20DEL%2005%20DE%20MARZO%20DE%202019.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Decreto 1082. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>

Departamento Nacional de Planeación. (2019). *Decreto 2096. Por el cual se adiciona la subsección 2, de la sección 6, del capítulo 2, del título 1, de la parte 2, del libro 2 del Decreto 1082 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.* Obtenido de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%202096%20DEL%2021%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202019.pdf>

Dromi, J. R. (1977). *La licitación pública* (segunda ed.). Buenos Aires: Editoria Astrea de Alfredo y Ricardo.

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (2018). Legis Editores.

Estatuto General de la Administración Pública. (2015). Legis Editores.

Estatuto General de la Administración Pública. (2016). Legis Editores.

Estatuto General de la Administración Pública. (2018). Legis.

Estatuto General de la Administración Pública. (2018). Legis Editores.

Expósito Vélez, J. C. (2011). *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2(3), 25-45.

Gómez Cardona, E. (1995). *Nuevo Derecho Administrativo Colombiano General y Especial*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.

Güecha Medina, C. N. (2015). *Contratos administrativos*. Grupo Editorial Ibáñez.

Lamprea Rodríguez, P. A. (1996). *Anulación de los actos de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Doctrina Ley.

Maggiores, G. (1955). *Derecho Penal, parte especial*. 137. Editorial Temis.

Marceau Long, P. W., Guy Braibant, P., & Delvolvé, B. (2000). *Los Grandes Fallo de la Jurisprudencia Administrativa francesa. primera*. Ediciones Librería Profesional.

Ministerio de Justicia. (1964). *Decreto 528. Diario Oficial No 31.330, del 1 de abril de 1964.*

Obtenido de http://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_0528_1964.htm

Ministerio de Justicia. (1976). *Decreto 150.* Obtenido de

http://www.planesmojana.com/documentos/normatividad/908_DECRETO_150_DE_1976.pdf

Ministerio de Justicia. (1983). *Decreto 222.* Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>

Ministerio de Justicia. (1984). *Decreto 1. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.* Obtenido de <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1698916>

Mora Caicedo, E. (2017). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (tercera ed.). Editorial Leyer.

Palacio Hincapié, J. G. (2012). *Derecho Procesal Administrativo* (octava ed.). Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Perdomo Vidal, J. (2004). *Derecho Administrativo* (doceava ed.). Legis.

Perdomo Vidal, J., & Molina Betancur, C. (2016). *Derecho Administrativo* (décimocuarta ed.). Bogotá: Legis.

Rico Puerta, L. A. (s.f.). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal* (novena ed.). Editorial Leyer.

Rodríguez, L. (2015). *Derecho Administrativo y General colombiano* (décimonovena ed.). Bogotá: Editorial Temis.

Rosito Arbia, G. (1994). La teoría de los actos separables en el Derecho Administrativo venezolano. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*(93), 133-170. Obtenido de

http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/59-60/rdpub_1994_59-60_31-52.pdf

Salamanca, H. (1983). Derecho Civil Curso IV de contratos. Universidad Externado de Colombia.