

Sentencia C-1048/01

ACTO PREPARATORIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO-Naturaleza jurídica y control judicial/ACTO PREPARATORIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO-Evolución legal y jurisprudencial

ACTO PREPARATORIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO-Control judicial

ACTO PREPARATORIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO-Término para el control judicial

CADUCIDAD-Excepción a regla general

ACTO PREPARATORIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO-Ampliación de garantías jurídicas de participantes

ACTO PREPARATORIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO-Demanda mediante acciones/ACTO PREPARATORIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO-Caducidad de acciones por demanda

NORMA ACUSADA-Interpretación diversa

ACTO PREPARATORIO EN CONTRATO ADMINISTRATIVO-Inseparabilidad por celebración del contrato/ACTO PREPARATORIO EN CONTRATO ADMINISTRATIVO-Ilegalidad como fundamento de nulidad absoluta

Es clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato. La expresión, “(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”, a juicio de la Corte es indicativa de la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Interés directo para nulidad absoluta

ACTO PREVIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO-Solicitud de nulidad por terceros a través de acciones/ACTO PREVIO EN CONTRATO ADMINISTRATIVO-Solicitud de tercero con interés directo de nulidad absoluta por ilegalidad

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.

Referencia: expediente D-3471

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 87 (parcial) del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998)

Actor: Jaime Hernando Hincapié Molina

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, octubre cuatro (4) de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados doctores Alfredo Beltrán Sierra -quien la preside-, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Gálvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jaime Hernando Hincapié Molina, actuando en nombre propio y en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 241, numerales 4º y 5º, de la Constitución Política, demandó ante esta Corporación la inconstitucionalidad de las expresiones “una vez celebrado este” y “solamente” contenidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

## II. NORMAS DEMANDADAS

Se transcribe a continuación el texto de la disposición acusada, con la advertencia de que se subraya y resalta lo demandado:

“Decreto 01 de 1984

“Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo

“El presidente de la República de Colombia,

“En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 11 de la Ley 58 de 1982 y oída la comisión asesora creada por el artículo 12 de la misma ley,

“Artículo 87.(Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) 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.”

### III. LA DEMANDA

El demandante sostiene que las expresiones acusadas quebrantan el Preámbulo de la Constitución, así como los artículos 2º, 29, 89, 228 y 229 de la Carta Política.

Sostiene que las disposiciones demandadas generan inseguridad jurídica, no están acordes con el principio de razonabilidad y lesionan las normas constitucionales citadas, porque la celebración del contrato que ha sido adjudicado hace imposible demandar mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos previos a dicha celebración, para los cuales el Código Contencioso Administrativo había concedido un término de caducidad de 30 días.

Mediante la exposición de dos ejemplos ilustrativos, 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.

Dice que la norma acusada impide a los ciudadanos acceder a una correcta administración de justicia, niega su participación en las decisiones que los afectan, rompe con el principio de protección de los derechos de los asociados y vulnera las previsiones del debido proceso, porque la decisión sobre la legalidad de los actos previos pasa a depender de la voluntad de quienes tienen a su cargo la suscripción del contrato respectivo, de tal modo que para atacarlos se impone necesariamente demandar todo el contrato, y no únicamente los actos previos, lo cual bien puede ser la pretensión única de la demanda.

Finalmente, solicita que si la Corte encuentra constitucional la norma acusada, se determine cuál es la acción procedente para ese tipo de actos, cuando el contrato ha sido ya suscrito.

#### IV. INTERVENCIONES

Las intervenciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de los ciudadanos Laura Guzmán Pachón, María Paula Torres Laverde, Juanita Rodríguez Kattah, Anibal Fernández De Soto Camacho, Camilo Isaza Herrera y Antonio Salazar Wilkie fueron aportadas al proceso por fuera del término legal establecido para tales efectos, según consta en el informe de Secretaría General del 7 de mayo de 2001. En consecuencia, los memoriales correspondientes no serán objeto de resumen en esta providencia.

##### 1. Intervención de Sandra Ximena Argüelles Ceballos

La ciudadana de la referencia intervino dentro de la oportunidad prevista para coadyuvar las pretensiones de la demanda.

La interviniente coincide con los argumentos del actor y sostiene que por virtud de las frases acusadas, se quebrantan los principios derivados del artículo 29 constitucional debido a que los 30 días que se establecen como término de caducidad para impugnar los actos previos a la celebración del contrato, desaparecen y se convierten en un término incierto al efectuarse la firma del mismo. A su juicio, se desvirtúa de este modo la voluntad del legislador, que era la de dotar a los terceros interesados de las acciones necesarias para atacar los actos previos y garantizar la protección de sus derechos.

Los apartes acusados, finaliza, atentan contra el derecho de defensa “porque anulan cualquier posibilidad certera, en el caso concreto, de que una persona afectada con un acto previo a la celebración de un contrato estatal ejerza en un plazo certero y razonable, el control de legalidad de los mismos.”

El ciudadano José Camilo Guzmán Santos, en representación del Ministerio de la referencia, solicitó a la Corte Constitucional declarar exequibles las expresiones acusadas.

Señala el Ministerio que los términos de caducidad pueden ser regulados libremente por el legislador, siempre y cuando se respeten los principios constitucionales y se persigan fines razonables y proporcionados en su adopción. Asegura que la Ley 446 de 1998 expresamente

dispuso que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato tienen un término de caducidad de 30 días, pero que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos sólo puede invocarse como causal de nulidad absoluta del contrato.

Esta constituye una decisión razonable y proporcionada del legislador porque cuando el contrato ha sido celebrado, los actos previos se convierten en elementos estrechamente ligados al contrato, formando con éste “un solo cuerpo”, de suerte que su validez no puede desligarse de la del contrato al cual se encuentran adscritos. El término de caducidad de la acción de nulidad, viene a ser entonces el ordinario de dos años.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Dentro de la oportunidad procesal prevista en la ley, el señor Procurador General de la Nación, Eduardo Maya Villazón, solicitó la declaración de exequibilidad de las normas censuradas.

En primer término, el señor Procurador considera que el legislador está habilitado por la cláusula general de competencia para definir los términos dentro de los cuales los ciudadanos pueden hacer uso de las acciones judiciales consagradas por el ordenamiento jurídico, una de las cuales es, precisamente, la que puede ser incoada para controvertir la legalidad de los actos previos a la celebración de un contrato estatal.

No obstante lo anterior, el Procurador hace la precisión según la cual lo que prevé la disposición acusada de la Ley 446 de 1998, es que los actos separables del contrato estatal, es decir, aquellos que se producen antes de la celebración del mismo, pueden ser controvertidos mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los treinta días siguientes a su proferimiento, pero que transcurrido ese término, sólo podrán serlo mediante la acción de nulidad absoluta.

En tal virtud, el Ministerio Público desestima los cargos de la demanda y concluye diciendo que no es la celebración del contrato la que restringe o limita la posibilidad de impugnar los actos previos a la acción de nulidad absoluta, sino que dicha limitante viene impuesta por el vencimiento del término de caducidad de 30 días.

Admite sin embargo, que del texto de la norma puede derivarse la interpretación hecha por el impugnante, según la cual la suscripción del contrato extingue el plazo de caducidad si este no ha corrido íntegramente, por lo cual advierte que la disposición debe ser declarada exequible bajo la condición de que se entienda que la celebración del contrato no extingue el término de caducidad de 30 días con que cuentan los interesados para intentar las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos previos o preparatorios del contrato.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### Competencia

1. De acuerdo con el artículo 241 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para resolver la demanda de la referencia toda vez que las normas acusadas hacen parte de un Decreto expedido por el Presidente con fundamento en facultades extraordinarias, modificado por una ley de la República.

El problema jurídico que se plantea en la demanda.

2. El inciso parcialmente acusado del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), regula las acciones que pueden interponerse en contra de los actos preparatorios del contrato administrativo, indicando que las mismas son las de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales deben incoarse dentro del término de caducidad fijado en treinta días que corren a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo. No obstante, la norma agrega que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del mismo, restricción que el demandante estima contraria a los principios de seguridad jurídica y de buena fe, así como al derecho de acceso a la administración de justicia, toda vez que hace imposible demandar mediante las referidas acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho los actos administrativos previos a dicha celebración, una vez ésta se ha verificado; así mismo, hace que no se pueda saber con certeza cuando vencerá el plazo para instaurar las demandas correspondientes.

La intervención ciudadana coadyuva los argumentos del actor, pero el Ministerio de Justicia

encuentra que la restricción impuesta por los apartes acusados, que impide demandar separadamente los actos previos una vez suscrito el contrato, es razonable si se tiene en cuenta que en ese momento los mismos vienen a ser elementos estrechamente ligados al contrato. Para la vista fiscal la disposición acusada no tiene el alcance que le atribuye el actor, y su cabal entendimiento indica que lo que el legislador buscó fue regular un término de caducidad para las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, cuando ellas se interponen en contra de actos preparatorios del contrato administrativo. Ahora bien, el que la norma disponga que una vez celebrado el contrato tales actos no son demandables separadamente de éste, no significa que como lo entiende el actor, la sola celebración del contrato tenga el alcance de extinguir anticipadamente el término de caducidad mencionado, por lo cual no existe la vulneración de derechos alegada en la demanda. No obstante, admite que el tenor literal de la disposición da pie para llevar a cabo la interpretación que hace el demandante, por lo cual sugiere a la Corte declarar la exequibilidad de las disposiciones, condicionada a que se entienda que la firma del contrato no extingue el plazo de caducidad mencionado.

Conforme con lo expuesto, debe la Corte establecer en primer lugar si la norma acusada realmente tiene el efecto que señala el demandante, esto es si la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad de la acción; y si esto fuera así, debe precisar si con ello se desconocen los principios y derechos de rango constitucional que el actor menciona, para lo cual es necesario estudiar la naturaleza jurídica de los actos separables, si la posibilidad de que sean demandados independientemente del contrato es una exigencia que emana de la Constitución, y hasta qué momento y circunstancias debe extenderse esta posibilidad de demanda autónoma.

La naturaleza jurídica de los actos preparatorios del contrato administrativo y su control judicial. Evolución legal y jurisprudencial.

3. Los actos preparatorios del contrato administrativo, pertenecen a la categoría que la doctrina ha llamado "actos separables del contrato". Aunque no han sido definidos por la ley, han sido entendidos por el h. Consejo de Estado como aquellos que constituyen decisiones unilaterales de la Administración en las etapas precontractuales.<sup>1</sup>

Lo que distingue genéricamente a los actos separables del contrato es, según la

jurisprudencia de ese Tribunal, que los mismos no son de contenido bilateral como es propio de los contratos, sino autónomos o unilaterales de la entidad contratante. Además, “el acto separable impugnado debe ser un acto administrativo decisorio en el sentido técnico jurídico” –ha agregado el Consejo de Estado-, pues “los simples actos de la administración, meramente preparatorios, no pueden ser objeto de impugnación”.<sup>2</sup> Ahora bien, las acciones que se reservan para impugnarlos (nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho), persiguen que los administrados que tengan un interés, o aun quienes abogan por el interés general, puedan demandar las ilegalidades que pueden afectar tales actos, sin inmiscuirse en las acciones contractuales que la legislación reserva a las partes del contrato. De esta manera, la separabilidad de los actos a que se viene haciendo referencia, esto es su posibilidad de ser individualizados frente al contrato, o aislados de éste para efectos de su impugnación, viene a ser una garantía del interés general y de los derechos de las personas afectadas con ellos, quienes frente a las acciones contractuales serían terceros no revestidos de legitimidad en la causa para demandar.

Conforme con lo anterior, los actos preparatorios o previos al contrato, de contenido decisorio, que conducen a la formación de la voluntad contractual, serían actos separables para efectos de su impugnación. Un sector de la doctrina y también en ocasiones la jurisprudencia, ha estimado que sólo esta categoría de actos, es decir los previos al contrato, son los que pueden considerarse “separables” para esos efectos. Sin embargo, otro sector y también la jurisprudencia en ciertos momentos, considera que los actos unilaterales de la Administración llevados a cabo en la etapa de ejecución o de cumplimiento del contrato pertenecen así mismo a la categoría de los actos separables, y pueden ser atacados independientemente del contrato. El Consejo de Estado, en un tiempo consideró que el acto separable “es por su esencia misma el precontractual, con lo cual se hace fácil y comprensible la precisión de los sujetos de derecho que pueden impugnarlo...”<sup>3</sup>, y en otros ha sostenido la posición según la cual la calificación de actos separables no se reserva a los precontractuales, sino que cubre también otros actos unilaterales de la administración, proferidos en otras etapas de la actividad contractual.<sup>4</sup>

Las consecuencias de la teoría de la separabilidad, como se dijo, radican en que los actos separables pueden ser demandados independientemente del contrato a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, al paso que para los actos no separables se reservan las acciones contractuales.

La doctrina de la separabilidad de los actos previos se opone a la de la indivisibilidad de los actos preparatorios, que estima que los mismos forman con el contrato un todo inescindible, no pudiendo independizarse de él, por lo cual tampoco podrían ser demandados en forma autónoma por personas ajenas a la relación contractual. Quedarían excluidas de esta posibilidad, personas tales como los licitantes u oferentes. Esta posición toma pie en la consideración según la cual la ilegalidad y la consecuencial nulidad de un acto previo, se traduce en la ilegalidad y nulidad de los actos subsiguientes y por ende del contrato mismo.

La jurisprudencia y la legislación colombianas han sufrido una evolución en lo referente a la doctrina de los actos separables y dentro de ellos los actos previos al contrato administrativo, que ha corrido paralela a las variantes de la legislación y que puede sintetizarse de la siguiente manera<sup>5</sup>:

4. Desde cuando el conocimiento de las controversias contractuales originadas en los contratos administrativos se radicó en cabeza de la jurisdicción-contencioso administrativa, surgió la preocupación jurisprudencial en determinar cuál era el mecanismo idóneo para llevar a cabo el control jurisdiccional de los llamados actos separables. Una de las primeras referencias al tema, se encuentra en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del h. Consejo de Estado, emitido el 18 de abril de 1969, en donde se distinguió claramente entre las acciones de nulidad procedentes en contra de los actos separables, y las acciones contractuales propiamente dichas, en los siguientes términos:

“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 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.” 6

Posteriormente, en Sentencia de abril 12 de 1978, el Consejo de Estado reiterando su jurisprudencia anterior y haciendo precisiones sobre el tema del control jurisdiccional de los actos separables expresó:

“En providencia de abril 6 de 1972, el Consejo de Estado precisó que “la acción pública de nulidad, en cuanto reconocida por el art. 66, “a toda persona”, no es procedente respecto de los contratos o convenciones administrativas”, precisándose que de igual manera que en el derecho francés se excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos “que sólo son susceptibles de la de plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquella proceda, como también sucede en el régimen colombiano contra los actos separables de los mismos.”7

5. Paralelamente al desarrollo de la jurisprudencia que se acaba de reseñar, en la legislación colombiana también se evidencia una evolución en cuanto al reconocimiento de los llamados actos separables en la contratación administrativa. La primera mención legal a esta noción jurídica, se encuentra en el artículo 3° de la Ley 19 de 1982, que se refirió a los actos administrativos en la formación y adjudicación de los contratos administrativos de derecho privado de la administración. Más adelante, el Decreto 222 de 1983 dispuso lo siguiente en el párrafo de su artículo 17:

“...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 éstos 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”.

Aunque estas referencias legales se restringieron al ámbito de los contratos de derecho privado de la administración, denotan una delimitación conceptual de la noción de actos separables, los cuales fueron entendidos entonces por el legislador como los expedidos en la formación o adjudicación del contrato.

6. Posteriormente, el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 87 (relativo a las acciones contractuales) y 136 (referente a la caducidad de las

acciones), hizo menciones explícitas al distinto régimen jurídico de los actos separables de los contratos y de los actos contractuales propiamente dichos. Estas normas establecieron lo siguiente:

“Artículo 87

...

“Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en el Código”

“Artículo 136.

...

Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato.”

Como las normas transcritas se refirieron a “actos separables” sin precisar tal noción, y en especial sin distinguir si el concepto cobijaba solamente a los actos preparatorios del contrato o también a otros proferidos unilateralmente por la Administración en etapas posteriores a la celebración del mismo, la interpretación de tales disposiciones llevó a la jurisprudencia a definir qué cosa debía entenderse por actos separables, estableciéndose entonces que a esta categoría pertenecían solamente los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, es decir los actos previos al mismo, y no los proferidos durante las etapas de ejecución y liquidación del contrato, los cuales debían entenderse como propiamente contractuales y por lo tanto inseparables. Comentando esta precisión de la jurisprudencia, el propio Consejo de Estado, en Sentencia de marzo 10 de 1994,<sup>8</sup> afirmó:

“Los inconvenientes se presentaron cuando se trató de precisar lo que se debía entender por actos separables de los contratos; finalmente, la jurisprudencia definió que tal calificación estaba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, siendo los contractuales propiamente dichos (y por ende no separables), los que se produjeran en las etapas de ejecución y liquidación.

Deducido lo anterior, el régimen descrito, conforme se explicó antes<sup>9</sup>, en los artículos 87 y 136, se aplicó a los actos previos; los actos contractuales se debían impugnar, en consecuencia, a través de las acciones del artículo 87<sup>10</sup>.”

7. Los artículos 87 y 136 del Decreto 01 de 1984 fueron derogados por los artículos 17 y 23 el Decreto 2304 de 1989. No obstante, el Consejo de Estado siguió aplicando la doctrina de los actos separables en la forma en que se relata en la misma Sentencia que se viene comentando, que al respecto describe así la evolución jurisprudencial subsiguiente a la referida derogatoria:

“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 restablecimiento del derecho se podía intentar desde el momento de su expedición, para todos ellos y no solamente para el acto de adjudicación.

“Dentro de este contexto se admitieron demandas de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra diversos actos previos, tales como resoluciones de apertura de licitación, pliegos de condiciones, actos de adjudicación y aquellos por los cuales se declara desierta la licitación o el concurso, una vez expedidos dichos actos y sin que se cuestionara al mismo tiempo el contrato que pudo haberse celebrado...

En lo demás, como se dijo, la situación no varió: Los actos separables (vale decir los precontractuales), se podían cuestionar, bien con independencia del contrato a través de las acciones previstas por los artículos 84 y 85 del C.C.A., o bien como fundamento de la nulidad del contrato, evento en el cual se entendía que la acción revestía naturaleza contractual.” <sup>11</sup>

8. Vino entonces la Ley 80 de 1993 que en el artículo 77 estableció lo siguiente:

“ARTICULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las

actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“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.

“PARAGRAFO 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.

“PARAGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.” (Negrillas por fuera del origina))

El h. Consejo de Estado, interpretó la anterior disposición en el sentido según el cual la misma se refería a todos los actos administrativos producidos con motivo u ocasión del contrato, y no solamente a los preparatorios o previos. Y además estimó que todos ellos admitían una sola vía de impugnación judicial, cual era la acción contractual. Sin embargo, reconoció que excepcionalmente la ley permitía en ciertos casos, que los actos contractuales fueran impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dijo así ese Tribunal:

“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.”<sup>12</sup>

La regla general (acción contractual) y las excepciones en las cuales la ley permitía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra ciertos actos de la actividad contractual, fueron explicadas así por la Sentencia en comentario:

“Esta circunstancia y el hecho de que, excepcionalmente, la mencionada ley haga referencia de ciertos actos para permitir frente a ellos acciones distintas de la contractual, está indicando que la regla general para todos los actos contractuales está prescrita por el mentado art. 77.

Las excepciones a la regla general eran las siguientes:

“Así ocurre, por ejemplo, con la calificación y clasificación de proponentes inscritos en las cámaras de comercio que puede “ser objeto...de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho” (art. 25); el acto de adjudicación (parágrafo 1° del art. 77), y su contrario, el acto por el cual declaran desierto la licitación o el concurso, por su propia naturaleza, y por la aplicación remisoria, que establece el mismo art. 77 del C.C.A. (en éste, los arts. 50, incisos primero final, 83, 135, inc.1°, y 138, inc. 3°)”<sup>13</sup>

El mismo fallo hizo las siguientes precisiones en torno a la posibilidad de demandar los actos previos al contrato, y de las acciones procedentes en contra de ellos:

“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 la excepciones vistas, solamente se podrán impugnar con posterioridad a dicha celebración, conjuntamente con el contrato, o con independencia de él (parágrafo del artículo 77), pero siempre bajo la égida de la misma acción.”

...

“...hoy la ley toma partido por un camino intermedio: los actos administrativos que son fruto de la actividad contractual (el problema se presenta respecto de los previos) son impugnables luego de la celebración del contrato, mediante la acción contractual; no hay necesidad de atacar, con ellos, el contrato, pero éste será nulo de nulidad absoluta cuando “se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten” (art. 44-4°), evento en el cual, “el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato...y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre” (inc. 2° del art. 45). Previsiones como estas buscan sin duda, dar eficacia al control jurisdiccional de los actos previos (lo que no siempre ocurría en la legislación anterior), sin entorpecer la actuación administrativa en el procedimiento contractual.” (Negrillas fuera del original)

Tenemos entonces que a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso-administrativo estimó, en interpretación del artículo 77 de dicha Ley, que en contra de los actos previos o preparatorios del contrato como regla general sólo cabían las acciones contractuales -luego de la celebración del mismo-, con las excepciones mencionadas por esa misma jurisprudencia. Entendió entonces el h. Consejo de Estado, que la voluntad del legislador de 1993 había sido la de “excluir del control de lo contencioso de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, la totalidad de los actos contractuales, incluyendo en esta noción los actos previos a la celebración del contrato, y que cuando ha querido sujetarlos a dicho régimen lo ha hecho expresamente.”<sup>14</sup>

Alcance de la reforma introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del Código Contencioso Administrativo

9. De lo hasta aquí expuesto puede apreciarse que el Consejo de Estado estimó que la Ley 80 de 1993 había introducido serias modificaciones al régimen de control judicial de los actos contractuales (previos o no previos al contrato), ya que les había dado a todos ellos el mismo tratamiento, sometiéndolos como regla general a las acciones contractuales. Se daba con ello un viraje profundo en el campo de las acciones posibles en materia contractual, pues anteriormente se había aceptado por la jurisprudencia, como antes se vio, la viabilidad de las acciones de simple nulidad, interpuesta por cualquier persona, o de nulidad restablecimiento del derecho, interpuesta por los interesados, las cuales cabían desde el momento de su expedición contra los actos previos separables del contrato.

Estando así las cosas, la Corte aprecia que la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, disposición parcialmente acusada que ahora se examina, tiene amplios alcances en lo que tiene que ver con el tema del control judicial de los actos previos o preparatorios del contrato administrativo. Dicho artículo, en su nueva redacción es del siguiente tenor que resulta conveniente recordar:

“Artículo 87.(Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) 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.” (Se subraya lo demandado)

Como puede apreciarse, las innovaciones que el texto anterior introduce, consisten en:

i) Según el régimen de la Ley 80 de 1993, los actos previos por regla general no eran demandables separadamente, salvo las excepciones relativas al acto de adjudicación de la licitación, al que la declara desierta, o el que califica y clasifica a los proponentes inscritos en las cámaras de comercio. La modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A. , permite demandar independientemente, por la vía de la acción de nulidad o de la de nulidad y restablecimiento del derecho, todos los actos previos separables del contrato administrativo.

ii) El término para intentar el control judicial de dichos actos previos a través de las referidas acciones, se señala en 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Este señalamiento constituye una excepción a las reglas generales sobre caducidad, pues respecto la acción de simple nulidad en los demás casos puede interponerse en cualquier tiempo, es decir no tiene un término de caducidad (C.C.A. art. 136, numeral 1°); y respecto

de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, también el plazo señalado de 30 días resulta contrario a la regla general, la cual fija en cuatro meses el término de caducidad respectivo. (C.C.A. art. 136 numeral 2°).

iii) Por fuera del tema de la separabilidad de los actos previos, la disposición en comento también modificó el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que había ampliado la titularidad de la acción de nulidad absoluta<sup>15</sup> de los contratos estatales, al haber dispuesto que podía ser alegada "...por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio..." Ahora, según el inciso tercero no acusado de la disposición bajo examen, solamente "cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta". <sup>16</sup>

Estas modificaciones tienen para la Corte una precisa significación: de un lado, buscan ampliar el espectro de garantías jurídicas reconocidas a los participantes en el proceso de contratación, que no obstante ser ajenos a la relación contractual pueden verse perjudicados por la actuación administrativa en las etapas precontractuales. Ahora ellos pueden demandar independientemente del contrato y desde el momento de su expedición, los actos administrativos ilegales que resulten lesivos de sus intereses (antes sólo podían demandarlos después de suscrito el contrato a través de las acciones contractuales, salvo las excepciones vistas). No obstante, esta posición garantista se ve acompañada por un término de caducidad corto, y por la fijación de un límite a la separabilidad de los actos previos, que viene marcado por la celebración del contrato. A partir de la suscripción del mismo los actos precontractuales, unilaterales de la Administración, se hacen inseparables para efectos de su control judicial, de tal manera que sólo pueden atacarse a través de la acción de nulidad absoluta del contrato. Estos límites, a juicio de la Corte, pretenden dar agilidad al proceso licitatorio, y estabilidad a las etapas surtidas del mismo, proceso que se dificultaría en exceso si cada uno de los actos administrativos separables se sometiera a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin término de caducidad, según la regla general. Y de otro lado, las limitaciones comentadas también pretenden contribuir a la firmeza del contrato administrativo una vez que este ha sido suscrito, poniéndolo al amparo de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual. Ahora bien, estos límites en principio no tienen el alcance de eliminar ni la protección de los derechos de terceros interesados (quienes pueden impugnar los actos que los perjudiquen dentro del plazo de los treinta días que señala la disposición), ni la del interés general, pues

éste, después de la celebración del contrato, puede ser protegido a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, que puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona que acredite un interés directo, o declarada de oficio.

La nueva versión del artículo 87 del C.C.A. sitúa a la legislación a medio camino entre la doctrina de la separabilidad absoluta de los actos previos, y la de la inseparabilidad de los mismos, combinando las ventajas garantistas y proteccionistas de los derechos de terceros a la relación contractual, propias de la primera, con los principios de eficacia y celeridad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, que se vinculan a la segunda de las mencionadas doctrinas. En efecto, la inseparabilidad una vez suscrito el contrato, pone a este último al amparo de acciones incoadas con fines ajenos al bien común, pues como se vio la titularidad de la acción de simple nulidad se restringe a las personas que demuestren un interés directo en el contrato, dejando eso si a salvo la facultad del Ministerio Público para interponerla o del juez para decretarla de oficio.

Precisado lo anterior, debe la Corte establecer el alcance de la limitación impuesta por la norma acusada, cuando señala que “(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.” En especial debe establecer si esta restricción tiene el alcance de eliminar o de recortar, en ciertos casos, el plazo de caducidad que señala la norma, desconociendo con ello el derecho de acceso a la administración de justicia, especialmente el de terceros a la relación contractual que hayan participado en las etapas precontractuales, como lo alega la demanda.

10. El tenor literal de la disposición parcialmente acusada, no dice en forma expresa que la firma del contrato extinga anticipadamente el plazo de caducidad señalado para interponer las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos previos al contrato administrativo. En efecto, la lectura del segundo inciso de la norma, lleva a concluir que el mismo dispone: i) Que “los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho”. ii) Que el término de caducidad de las referidas acciones será el de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del acto respectivo, según el caso. iii) Que “la interposición de estas acciones no

interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato”. Y iv) que una vez celebrado el contrato, “la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.

A juicio del demandante, este último contenido regulatorio de la disposición tiene el significado de establecer una extinción anticipada del término de caducidad señalado por la norma, la cual se produciría por la suscripción del contrato. Sobre este supuesto edifica el cargo de violación constitucional, alegando que esta extinción anticipada conduce a una inseguridad jurídica respecto a la verdadera duración del plazo de caducidad y, además, abre la posibilidad de que tal plazo en algunos casos no exista o sea muy breve, amén de incierto, lo cual redundaría en la denegación del derecho de acceso a la justicia. Otros de los intervinientes llevan a cabo la misma interpretación del demandante. La vista fiscal y el Ministerio de Justicia, no extraen la misma conclusión, por lo cual no comparten las acusaciones de la demanda.

La Corte estima que la norma ha sido objeto de dos interpretaciones diversas, pero que ninguna de ellas responde a la verdadera intención del legislador: según una la primera, la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos, con lo cual quedan desprotegidos los intereses de terceros no contratantes, especialmente de quienes participaron en el proceso de licitación; según una segunda, tal celebración no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual, a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad; a juicio de la Corte las anteriores interpretaciones no consultan la verdadera intención del legislador, la cual puede extraerse de la lectura armónica de los incisos segundo y tercero de la disposición acusada, interpretación armónica que la demanda, las intervenciones y la vista fiscal han omitido hacer .

En efecto, la segunda interpretación referida es contraria al tenor literal de la disposición, pues es clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato. La expresión, “(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”, a juicio de la Corte es indicativa de la

voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo.

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. La disposición no desprotege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo.

Por lo demás, esta es la posición que también ha acogido el h. Consejo de Estado, que en referencia al interés directo que les asiste a los licitantes para demandar la nulidad absoluta de los contratos administrativos, ha dicho lo siguiente:

“En el ordenamiento jurídico procesal la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial. Cuando la controversia se centra en la nulidad de un acto administrativo y un consecuente restablecimiento del derecho, el legitimado para ejercer la acción es la persona que pretenda demostrar que el acto administrativo enjuiciado quebranta o lesiona sus derechos amparados por una norma jurídica. Está acreditado dentro del proceso que la sociedad demandante no presentó propuesta en la licitación pública nacional, para la prestación del servicio de vigilancia en los sectores VI y VII en los que centra la irregularidad del acto administrativo contenido en el acta N° 1173 del 6 de noviembre de 1991 para pedir su nulidad, que adjudicó dichos sectores a la empresa Dincolvip Ltda., la cual según la demanda no tenía en ese momento licencia de funcionamiento del Ministerio de Defensa para operarlos. En el evento de que esta circunstancia se analizara y prosperara para efectos de considerar ilegal la adjudicación, que beneficio reportaría al demandante si no presentó propuesta para la prestación del servicio en estas zonas?. El texto original del artículo 87 que traía el Decreto Ley 01 de 1984, ya hacía referencia a que podía intentar la

nulidad del contrato “quien demuestre “interés directo” en el contrato”, presupuesto que se mantiene después de su modificación por el artículo 32 de la ley 446 de 1998. Se hace sí la salvedad, que si bien es cierto la ley 80 de 1993 – Estatuto de la Contratación Estatal – estableció en el art. 45 que la nulidad absoluta del contrato estatal podía alegarse “por cualquier persona”, convirtiéndola en una acción pública de legalidad, dicha situación fue temporal, ya que con la ley 446 de 1998 se volvió al sistema general del código, al asignar la titularidad de la acción a “cualquier tercero que acredite un “interés directo” para pedir que la nulidad se declare. En estas condiciones, hoy la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad de un contrato en virtud del acuerdo de voluntades que surge entre la entidad estatal y la persona natural o jurídica para la realización de la labor encomendada que genera derecho y obligaciones recíprocas. La posee también el Ministerio Público como defensor del orden jurídico y como parte en todos los procesos e incidentes que se promuevan ante la jurisdicción administrativa (art. 277 núm. 7 Constitución Política) y por atribución que le otorgara antes la ley 50 de 1936 en los eventos de objeto o causa ilícitos y en interés de la moral y de la ley. De esta manera, en principio son los terceros intervinientes en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato los que tendrán “interés directo” en que se declare la nulidad del contrato cuando éste se haya celebrado con otro proponente ya sea con pretermisión de las exigencias legales, ya sea porque considere viciado el acto de adjudicación. También estarán legitimadas las personas que pudieron ser licitantes por reunir las condiciones para presentarse al proceso licitatorio y sin embargo la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal. Pero en el primer caso, ese “interés directo” no nace del solo hecho de haber participado en la licitación; es necesario que el proponente que después decida impugnarla al igual que el contrato que se celebró con ocasión de ella, haya licitado y ofrecido para ejecutar el contrato que en particular cuestiona.” 17 (Negrillas fuera del original)

Posteriormente, esta jurisprudencia fue reiterada de la siguiente manera:

“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. Con el apareamiento de la primera codificación sobre los contratos del Estado, decreto ley 222 de 1983, en materia de la alegación de la nulidad absoluta de los contratos, a los que él se refería, no aludió a si los terceros podían solicitarla (art. 78). A partir del 1 de marzo de 1984, cuando entró en vigencia el decreto ley 01 de 1984 (actual Código Contencioso Administrativo) la ley ha regulado en formas diversas para los terceros, con relación al contrato, el derecho de acción de controversias contractuales con el objeto de pedir su nulidad absoluta. En el artículo 87 original de la mencionada codificación se indicó que “La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre “interés directo” en el contrato”. Luego con la reforma introducida al Código Contencioso Administrativo por el decreto ley 2.304 de 1989, se expresó que “El Ministerio Público o el tercero que acredite interés directo en el contrato está facultado para solicitar también su nulidad absoluta (...) (art. 17). Ese interés directo ha sido entendido, en sentido amplio, como derivar del mismo un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, es decir, una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado. Tener interés directo consiste en que entre el contrato, como causa del interés y éste como efecto haya una relación inmediata o próxima, más no mediata o remota. Naturalmente quien dice tener un interés jurídico directo en un asunto, como todo aquel quien haga dentro del proceso una afirmación definida, corre con la carga de la prueba, en primer término, de ese interés y, en segundo término, del carácter de “directo” ostentado. Con la expedición de la ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Administrativa, entre otros, la “Nulidad absoluta podrá ser alegada (...) por cualquier persona” (art. 45, inciso 2). Posteriormente, con la reforma introducida por la ley 446 que entró a regir el día 7 de julio de 1998 se estableció, entre otros, que podrá demandar la nulidad absoluta del contrato sólo aquella persona que acredite un “interés directo”. Hasta allí la evolución legislativa y jurisprudencial sobre el punto de qué terceros, con relación al contrato estatal, pueden promover la nulidad absoluta.<sup>18</sup> (Negrillas fuera del original)

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.

## VII- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

En los términos de la parte considerativa de la presente decisión, declarar EXEQUIBLES las expresiones “Una vez celebrado éste” y “solamente”, contenidas en el segundo inciso del artículo 87 del Decreto 01 de 1984 (Código contencioso Administrativo), modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-1048/01

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Impugnación de actos en procedimiento de formación y celebración (Aclaración de voto)

Pueden impugnar los actos administrativos proferidos por las entidades públicas durante el procedimiento de formación y celebración del contrato (pliegos de condiciones, acto que rechaza la propuesta, acto que declara desierta la licitación y el acto de adjudicación) a través de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo; sin perjuicio del derecho que le asiste a todo ciudadano, -en aras de preservar la integridad del ordenamiento jurídico- de interponer la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del mismo ordenamiento.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Solicitud de nulidad absoluta e indemnización del daño antijurídico por tercero con interés directo (Aclaración de voto)

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Culpa in contrahendo por irregularidades sin estar perfeccionado el contrato que causa daño antijurídico (Aclaración de voto)

Las irregularidades en que incurra la Administración durante el procedimiento de selección del contratista, o una vez adjudicada la licitación sin estar perfeccionado el contrato, y que produzcan un daño antijurídico a los oferentes o al adjudicatario, comprometen su responsabilidad civil por culpa in contrahendo, la cual se configura, siguiendo la teoría de Von Ihering, cuando se declara la nulidad de un contrato por motivo imputable a alguna de las partes contratantes, ya que en todo acuerdo de voluntades, existe un pacto tácito entre los negociantes en el sentido que han adoptado las previsiones necesarias para evitar que circunstancias posteriores relacionadas con los sujetos u objeto del negocio, afecten la validez del contrato.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Legitimación por activa para demandar la nulidad (Aclaración de voto)

ACCION CONTRACTUAL-Nulidad absoluta de contrato estatal celebrado (Aclaración de voto)

ACTO PREVIO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO-Régimen excepcional para el control de legalidad (Aclaración de voto)

Resulta razonable que el legislador haya establecido un régimen excepcional para el control de legalidad de los actos previos a la celebración del contrato, por la vía de las acciones de Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Este régimen se caracteriza por: (i) La reducción del término de caducidad para el ejercicio de la Acción de Nulidad de cuatro meses a treinta días, (ii) El establecimiento de un término de caducidad de treinta días para el ejercicio de la acción de nulidad, que por regla general se puede ejercitar en cualquier tiempo y, (ii) La preclusión del término de caducidad, ya que una vez se celebre el contrato no podrá hacerse uso de las citadas acciones para impugnar los actos previos.

ACTO PREVIO EN CONTRATO ADMINISTRATIVO-Solicitud de nulidad absoluta por ilegalidad (Aclaración de voto)

Teniendo las partes, el Ministerio Público y el tercero con interés directo la posibilidad de intentar la acción contractual, para a través de ella solicitar la nulidad del contrato con base en la ilegalidad de los actos previos a su celebración, no sólo se salvaguarda la integridad del orden jurídico sino que se instituye un mecanismo orientado a asegurar efectivamente el derecho a la igualdad, la responsabilidad patrimonial del Estado y el acceso a la administración de justicia; principios constitucionales que se verían ampliamente comprometidos si se le diera a la norma la interpretación según la cual los actos previos no son impugnables por la vía de la acción contractual.

#### ACTO PREVIO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO-Acciones (Aclaración de voto)

Se ajusta plenamente a la Constitución, que el legislador, en ejercicio de la potestad que le ha atribuido la Carta de regular los procedimientos y procesos judiciales, haya optado por consagrar, en relación con la impugnación de los actos previos a la celebración del contrato estatal, dos acciones que pueden usar alternativamente los terceros que acrediten un interés personal, particular, directo y concreto, ya sea a través del ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho antes de la celebración del contrato (sin perjuicio de la acción pública de nulidad que tiene un plazo de caducidad de treinta días), o a través de la acción contractual dirigida a obtener la nulidad absoluta del contrato una vez celebrado éste, vías procesales que salvaguardan los principios constitucionales de igualdad, de acceso a la administración de justicia y de responsabilidad patrimonial del Estado.

Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Expedientes No. D-3471

Demanda de inconstitucionalidad contra el

artículo 87 parcial del Código Contencioso

Administrativo modificado por el artículo 32

Con el acostumbrado respeto, manifiesto que comparto la posición mayoritaria de la Corte en el presente asunto, en relación con la declaratoria de exequibilidad del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, ya que la norma se adecua plenamente a la Carta Política y en especial a los

artículos 13, 90, 209 y 229 de la Constitución, que consagran los principios de igualdad, responsabilidad del Estado y acceso a la administración de justicia, sin embargo, me permito efectuar algunas precisiones que considero fundamentales en cuanto al alcance y desarrollo de la norma en mención.

1. La Ley 446 de 1998, que desarrolla a través de su articulado diversos asuntos relativos al correcto funcionamiento de la administración de justicia, y a los métodos alternos de solución de conflictos, en el tema particular de la contratación estatal, contribuye a través de sus previsiones al perfeccionamiento de las garantías de los ciudadanos que participan en los procesos de selección objetiva (licitaciones o concursos) convocados por las entidades públicas para la celebración de contratos orientados a satisfacer el interés público. En efecto, la norma acusada establece dos medios judiciales de que pueden hacer uso los ciudadanos que ostenten un interés directo para impugnar las actuaciones irregulares de la Administración Pública. Estos son:

i. En primer término, pueden impugnar los actos administrativos proferidos por las entidades públicas durante el procedimiento de formación y celebración del contrato (pliegos de condiciones, acto que rechaza la propuesta, acto que declara desierta la licitación y el acto de adjudicación) a través de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo; sin perjuicio del derecho que le asiste a todo ciudadano, -en aras de preservar la integridad del ordenamiento jurídico- de interponer la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del mismo ordenamiento.

ii. De otro lado, la Ley 446 de 1998 consagra el derecho del tercero con interés directo, a solicitar la nulidad absoluta del contrato y pedir de manera concurrente la indemnización del daño antijurídico que la Administración le haya causado, a través de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código.

De ahí que la Ley 446 en su artículo 32 haya declarado: “El Ministerio público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta”. Así se explica que el texto legal señale que “Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.

2. El cuadro de garantías procesales anteriormente descrito, se enmarca dentro de los deberes del Estado de Derecho de defender los derechos de los ciudadanos a la igualdad, al respecto de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, así como al acceso efectivo a la administración de justicia. Dentro de este contexto, el artículo cuyo análisis nos ocupa, le otorga la oportunidad a las personas que han participado en los procedimientos de selección objetiva convocados por las entidades públicas, de obtener la reparación de todos los daños antijurídicos, tanto en la modalidad de daño emergente como de lucro cesante, causados por las actuaciones irregulares de la entidad contratante, siempre y cuando éstos sean susceptibles de afectar la validez jurídica del contrato.

Así, las cosas, las irregularidades en que incurra la Administración durante el procedimiento de selección del contratista, o una vez adjudicada la licitación sin estar perfeccionado el contrato, y que produzcan un daño antijurídico a los oferentes o al adjudicatario, comprometen su responsabilidad civil por culpa in contrahendo, la cual se configura, siguiendo la teoría de Von Ihering, cuando se declara la nulidad de un contrato por motivo imputable a alguna de las partes contratantes, ya que en todo acuerdo de voluntades, existe un pacto tácito entre los negociantes en el sentido que han adoptado las previsiones necesarias para evitar que circunstancias posteriores relacionadas con los sujetos u objeto del negocio, afecten la validez del contrato.

3. De tal suerte, siempre que se celebra un contrato estatal y la Administración incurre en violación de la ley, abuso o desviación de poder, irregularidades en la adjudicación del contrato, e.t.c, se afectan los derechos subjetivos e intereses legítimos de los participantes en la licitación o concurso, como ocurre v.gr. En el caso del licitante burlado que habiendo presentado una propuesta completamente ajustada a los pliegos de condiciones y siendo ésta la mejor, la Administración le adjudica el contrato a otro oferente.

En estos eventos se vulneran los derechos del particular oferente, y se le causan daños antijurídicos representados en todos los gastos en que éste incurrió para la presentación de su propuesta (compra de pliegos, pago de la prima correspondiente a la garantía de seriedad de la propuesta, honorarios profesionales e.t.c) así como en las utilidades que deja de percibir como consecuencia de dichas actuaciones ilegales, los cuales deben ser indemnizados por la Administración contratante, con fundamento en la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado y en los principios de buena fe y legalidad que le

imponen el deber de actuar con diligencia, lealtad y probidad, con sujeción estricta a la ley y los pliegos de condiciones (ley del contrato).

4. De esta manera, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, constituye un desarrollo especial de la institución constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política. Al respecto del concepto de daño antijurídico y su relación con la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, esta Corte ha señalado:  
19

Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización.

5. En este orden de ideas, se explica que la Ley 446 de 1998, haya introducido un profundo cambio en relación con la legitimación activa para demandar la nulidad del contrato estatal, ya que de conformidad con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, ésta podía ser alegada por las partes o solicitada por el agente del Ministerio Público o “por cualquier persona”, lo que la tornaba en una verdadera acción pública de nulidad, mientras que en el nuevo sistema se le da una naturaleza distinta, restringida solamente a las partes, al Ministerio público o al tercero que acredite un “interés directo”. Esta restricción de la titularidad de la acción de nulidad absoluta en los contratos estatales, responde a un fin constitucionalmente relevante, cual es el de evitar que la acción se emplee con fines distintos para lo que fue establecida. Al respecto esta Corporación ha señalado:20”...La restricción de la titularidad de

la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales a los terceros que demuestren un interés directo en el contrato, cumple una finalidad constitucionalmente relevante, en tanto cierra la posibilidad de que la acción pueda emplearse con intereses y finalidades ajenas a las que inspiraron su consagración legal”.

6. Esta configuración especial de la acción contractual es perfectamente compatible con su objeto y finalidad, ya que como lo señala el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, mediante su ejercicio se pueden solicitar ante el juez competente “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”.

De este modo, dentro del amplio marco de posibilidades que ofrece la acción contractual – como ya se ha señalado –, el tercero que acredite un interés de carácter personal, particular, concreto y directo (como es el caso de los licitantes defraudados por las irregularidades cometidas por la Administración Pública en el procedimiento de celebración del contrato), puede solicitar la nulidad absoluta del contrato, fundado en la ilegalidad de los actos previos, (artículo 44 Ley 80 de 1993 y artículo 32 de la Ley 446 de 1998), junto con la reparación de los daños antijurídicos que se le hayan causado.

7. Así, a la luz de esta interpretación resulta razonable que el legislador haya establecido un régimen excepcional para el control de legalidad de los actos previos a la celebración del contrato, por la vía de las acciones de Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagradas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo. Este régimen se caracteriza por: (i) La reducción del término de caducidad para el ejercicio de la Acción de Nulidad de cuatro meses a treinta días, (ii) El establecimiento de un término de caducidad de treinta días para el ejercicio de la acción de nulidad, que por regla general se puede ejercitar en cualquier tiempo y, (ii) La preclusión del término de caducidad, ya que una vez se celebre el contrato no podrá hacerse uso de las citadas acciones para impugnar los actos previos.

No obstante lo anterior, teniendo las partes, el Ministerio Público y el tercero con interés directo la posibilidad de intentar la acción contractual, para a través de ella solicitar la nulidad del contrato con base en la ilegalidad de los actos previos a su celebración, no sólo

se salvaguarda la integridad del orden jurídico sino que se instituye un mecanismo orientado a asegurar efectivamente el derecho a la igualdad, la responsabilidad patrimonial del Estado y el acceso a la administración de justicia; principios constitucionales que se verían ampliamente comprometidos si se le diera a la norma la interpretación según la cual los actos previos no son impugnables por la vía de la acción contractual.

Finalmente, es preciso señalar que se ajusta plenamente a la Constitución, que el legislador, en ejercicio de la potestad que le ha atribuido la Carta de regular los procedimientos y procesos judiciales, haya optado por consagrar, en relación con la impugnación de los actos previos a la celebración del contrato estatal, dos acciones que pueden usar alternativamente los terceros que acrediten un interés personal, particular, directo y concreto, ya sea a través del ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho antes de la celebración del contrato (sin perjuicio de la acción pública de nulidad que tiene un plazo de caducidad de treinta días), o a través de la acción contractual dirigida a obtener la nulidad absoluta del contrato una vez celebrado éste, vías procesales que salvaguardan los principios constitucionales de igualdad (artículo 13 C.P), de acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.P) y de responsabilidad patrimonial del Estado.

Fecha ut Supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

1 Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 6 de 1987.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 6 de 1987.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, auto de abril 6 de 1987.

4 Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia

de 10 de marzo de 1994. consejero Ponente, Juan de Dios Montes.

5 Esta evolución legal y jurisprudencia aparece analizada in extenso en la Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en marzo 10 de 1994. Expediente 9118,. Consejero ponente: Juan de Dios Montes

6 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil,. Concepto de 18 de abril de 1969. Anales del Consejo de Estado, tomo LXXVI, 1969, primer semestre, págs 10 y 11.

7 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 1978, expediente 1942.

8 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 10 de 1994. consejero ponente, Juan de Dios Montes

9 Esta explicación era la siguiente, dada por la misma Sentencia que se viene transcribiendo:

“a) Que se debía distinguir al interior de los actos contractuales unos separables del contrato y otros que no lo eran.

“b) Que los actos separables no se controlaban por medio de las acciones contractuales (artículo 87), sino por las “otras acciones previstas en el Código, es decir las de nulidad (artículo 84) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85).

“c) Que, sin embargo, dichos actos únicamente eran impugnables jurisdiccionalmente “una vez terminado o liquidado el contrato”

d) “De la regla anterior quedaba exceptuado el acto de adjudicación que era susceptible de ser impugnado según las reglas generales (artículo 136)”

10 Se refiere a las acciones contractuales

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,. consejero ponente, Juan de Dios Montes

12 Ibídem

13 Ibídem

14 Ibídem

15 El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 que consagra las CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA., preceptúa:

Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

16 Mediante Sentencia C- 221 de 1999, M.P Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “que acredite un interés directo”, contenida en el tercer inciso del artículo 87 del C.C.A, reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, ahora demandado.

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de siete de octubre de 1999. Consejero ponente, Ricardo Hoyos Duque. Radicación 10610. Actor: Sociedad Grancolombiana de Seguridad. Demandado: empresa de energía de Bogotá.

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de agosto de 2000. Expediente 9527. M.P. María Helena Giraldo Gómez. Esta doctrina fue reiterada en la sentencia de 19 de octubre de 2000, de la misma sala y sección, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández., radicación 12393 y en la de 16 de febrero de 2001, también de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del mismo consejero. Radicación 16596

19 Sentencia C-333/96 M.P Alejandro Martínez C.

20 Sentencia C-197/99 M.P Antonio Barrera.