
EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LUEGO DE LA LEY 446 DE 1998

*Felipe de Vivero Arciniegas**

Las reglas que regulan el procedimiento contencioso administrativo en Colombia han sido objeto de pocas modificaciones. En efecto, encontrándonos en las puertas de un nuevo siglo podemos afirmar que tan sólo hemos tenido cuatro grandes ordenamientos en materia contencioso-administrativa. Antes de mencionarlos es importante aclarar que en Colombia, tal y como lo demuestra el nombre de nuestro actual Código Contencioso Administrativo, dentro de este título se han incluido tanto las normas referentes a los procedimientos administrativos (trámites ante la administración), como las normas relativas a los procesos judiciales (trámites ante la jurisdicción). Teniendo en cuenta lo anterior podemos hacer referencia en primer lugar a la Ley 4ª de 1913, luego a la Ley 167 de 1941, el Decreto 528 de 1964, y finalmente el Decreto-Ley 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo.

Esta normativa actualmente vigente fue objeto de reforma mediante el Decreto 2304 de 1989 (declarado parcialmente inexecutable por haber excedido el legislador ordinario las facultades otorgadas)¹ y la recién sancionada Ley 446 de 1998. Durante este recorrido histórico es importante tener en cuenta que se han expedido normas por parte del Estado que de una u otra forma han tenido impacto sobre los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, tales como la Ley 23 de 1991, el Decreto-Ley 2651 de 1991, la Ley 80 de 1993, la Ley 142 y 143 de 1994, entre otros, pero que a pesar de ello no han modificado la columna vertebral del actual Código Contencioso Administrativo. Parecería que estuvieramos pasando por alto la Ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de administración de justicia). Lo que sucede es que a

.....

1. Sentencia de junio 20 de 1990, Corte Suprema de Justicia. Magistrado: Fabio Morón Díaz. Exp. 080.

* Profesor y Director de la Especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes. Consultor Privado.

pesar de constituir el marco general de la administración de justicia, luego de cerca de dos años de vigencia, su principal aporte, la creación de los jueces administrativos no ha dejado de ser una mera expectativa, ya que no se han dispuesto los recursos necesarios para su funcionamiento. Lo anterior, tal y como lo veremos más adelante, es ya una de las normas que han sido objeto de incumplimiento en la Ley 446. En efecto, el artículo 63 de la citada ley radicó en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura la obligación de disponer dentro de los tres meses siguientes a su entrada en vigor de los medios necesarios que permitan poner en funcionamiento los jueces administrativos. Por lo anterior, a pesar de contener aspectos importantes que modificarán la estructura de la jurisdicción cuando entren a operar, la Ley 270 de 1996 en lo que respecta al contencioso administrativo introdujo más que todo modificaciones en el aspecto formal que en el aspecto sustancial.

La relación referencial de normas que venimos de enunciar ha generado una confusión enorme en razón a las diferentes tipos de raíces, o mejor, la cantidad de diferentes ordenamientos de donde proceden, por lo que al unirlas por lo general no se encuentran caminos coherentes.

La Ley 446 de 1998 surge luego de muchos años en los que la única forma de lograr modificaciones a los Códigos era mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias y *pro tempore* al legislador de excepción. La anterior práctica fue prohibida por la Constitución de 1991 en la que se estableció expresamente que en ningún caso estas facultades podrían ser otorgados con el objeto de expedir códigos. Esta ley conocida como la ley de descongestión, eficiencia y acceso a la justicia modificó y adicionó las normas en materia de procedimiento civil, en materia de familia, en materia laboral, en materia contencioso-administrativo y en lo que se refiere a los métodos alternativos de resolución de conflictos. Adicionalmente le otorgó una serie de funciones jurisdiccionales a ciertos organismos administrativos tales como las superintendencias.

Teniendo en cuenta que se trata de analizar el estado actual del contencioso-administrativo luego de la expedición de la citada ley, es menester a manera de introducción, referirnos a las características del sistema actual para luego desarrollar los cambios que consideramos más importantes que este conjunto normativo introdujo. Para esto último, haremos un análisis de los aspectos que consideramos más relevantes de las modificaciones introducidas a estructura del proceso jurisdiccional, para luego concentrarnos en lo que podríamos denominar el contencioso-contractual. El estudio de las modificaciones está limitado toda vez que no incluye lo relativo a las competencias en forma específica por no considerarlo apropiado debido a la consagración de una estructura de la jurisdicción de acuerdo con la ley, y otra la que realmente opera en la actualidad, por no haber sido posible apropiarse los recursos suficientes para ponerla en marcha.

Introducción

De acuerdo con lo establecido en la Ley 4 de 1913 y en la Ley 167 de 1941 podríamos afirmar que nuestro esquema contencioso administrativo tuvo una gran influencia del derecho español. Sin embargo, con posterioridad su enfoque fue dirigido claramente hacia el esquema contencioso administrativo francés. A pesar de lo anterior, nuestro sistema actual no es la copia idéntica de los ordenamientos mencionados, sino obviamente, la adaptación particular de sus diferentes características a nuestro entorno.

En Colombia se puede afirmar que la razón por la cual las normas relativas a los trámites administrativos así como las relativas a los trámites judiciales se encuentran dentro del mismo texto es por concebirse tanto la sede administrativa como la sede judicial con una cercanía muy estrecha. Dicha cercanía esta dada por el condicionamiento que genera lo que se haga frente a la administración con respecto a la vías a través de las cuales se puede acudir ante el juez. Lo anterior igualmente con razón a la existencia de variedad de acciones a diferencia de lo que sucede por ejemplo en derecho francés donde solo existen dos vías (acciones) para acudir ante el juez a efectos de que resuelva una controversia. La escogencia de la acción se hace de acuerdo con el tipo de interés que mueva al accionante. Así, cuando se tiene exclusivamente un interés objetivo, el medio procedente es el del recurso por exceso de poder. Cuando el interés sea subjetivo, la acción procedente será la de plena jurisdicción. En ambos casos habrá que dar cumplimiento al principio de la "decisión previa", es decir, la obligatoriedad de acudir ante la administración para que se pronuncie respecto de lo reclamado como requisito previo a la llegada ante el juez para que dirima el conflicto.

En nuestro país, la acción esta condicionada por la forma de manifestación de la administración que el accionante pretenda impugnar. Así, cuando se trata de actos administrativos la acciones en principio serán las de anulación (nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho dependiendo del caso). Cuando se trata de operaciones administrativas, hechos administrativos u ocupaciones temporales o permanentes con razón a trabajos públicos la acción procedente será la de reparación directa². Finalmente cuando se trate de contratos estatales, o de los actos administrativos proferidos con ocasión de dichos contratos estatales, la acción proceden-

.....

2. Sentencia de la separata de responsabilidad en la que aparece a cada forma de manifestación una acción.

te será la de controversias contractuales. Lo anterior simplemente como presentación preliminar ya que de allí se derivan acciones como las ejecutivas, las acciones de pérdida de investidura, las de nulidad por inconstitucionalidad, las de cumplimiento, las de tutela, y en fin toda una serie de acciones adicionales cuya competencia ha sido atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El problema se torna complejo con razón a que las acciones tienen términos de caducidad diferentes así como legitimaciones que demostrar para su procedencia según el caso. Así, hasta agosto 12 de 1961³ era claro que cuando se impugnaba un acto administrativo de carácter general la acción procedente era la de nulidad simple. De otra parte cuando se trataba de un acto de carácter particular y concreto la acción procedente era entonces la de nulidad y restablecimiento del derecho. Desde esa fecha, día en que se acogió la teoría de los móviles y finalidades y sobre todo con razón a la evolución de la misma hoy solamente podemos afirmar que lo que antes era una certeza hoy tan solo es una guía ya que contra actos administrativos de carácter general proceden en algunas ocasiones acciones de nulidad y restablecimiento del derecho así como contra actos administrativos de carácter particular proceden algunas veces acciones de nulidad simple.

Otro ejemplo respecto de la complejidad del asunto tiene que ver con la asignación de la operación administrativa a una u otra acción. El concepto es tan difícil de identificar que la misma Ley entre 1984 y 1989 le había asignado como mecanismo de impugnación la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. A partir de 1989 a la mencionada forma de manifestación de la administración se le asignó la vía de la acción de reparación directa.

En lo que respecta a la impugnación de asuntos contractuales la situación si que se ha ido poniendo cada vez más difícil. En la actualidad, dentro de lo que llamaríamos el contencioso contractual encontramos, la acción tradicional de controversias contractuales, la acción pública de nulidad absoluta del contrato, las acciones ejecutivas que surgen a partir de los contratos estatales, y las acciones de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismo indicado por la Ley 446 como medio idóneo para impugnar los actos previos a la celebración del contrato estatal.

Lo anterior si lo miramos exclusivamente a partir de la discusión en torno a la acción procedente, pero hoy la confusión inclusive se presenta con respecto a la jurisdicción competente. Ejemplos de esta confusión lo constituyen jurisprudencias

.....

3. Sentencia Consejo de Estado de agosto 11 de 1961; Consejero ponente: Carlos Gustavo Arrieta.

recientes que vienen a aclarar la polémica en torno a la jurisdicción competente en materia de resolución de conflictos generados a partir de contratos de servicios públicos domiciliarios⁴, de contratos de universidades públicas⁵, de entidades tales como el ISS⁶ que al cambiar su naturaleza jurídica pasando de ser un establecimiento público a una empresa industrial y comercial del Estado no es claro cuál es la jurisdicción competente para resolver los conflictos ocasionados en su actuar. La anterior confusión se debe obviamente a la proliferación de leyes sectoriales (ley de servicios públicos domiciliarios, ley de televisión, ley de transporte, ley de ciencia y tecnología, ley eléctrica, ley de seguridad social, etc.), que buscaron constituirse en normas exceptivas del régimen general de contratación de la Ley 80 para convertir a esta última en el régimen residual y por ende exceptivo.

Tal y como viene de presentarse, la complejidad respecto de la identificación de la acción procedente, así como de la jurisdicción competente es tal que puede llegar a afectar el libre acceso a la administración de justicia y generar denegación de este derecho fundamental.

Las anteriores consideraciones llevan necesariamente a concluir en forma preliminar, y sirviendo al mismo tiempo como hipótesis a demostrar en el presente escrito, que se debe propugnar por una simplificación de las acciones, para que acojamos como en Francia la dualidad de acción, condicionada exclusivamente a la identificación del interés que motiva a accionar ante la jurisdicción.

A efectos de hacer una presentación general de las reformas que consideramos más importantes introducidas por la Ley 446 de 1998 vamos a efectuar el análisis en primer lugar a partir de los aspectos generales para luego hacer un énfasis en el contencioso contractual.

I. Aspectos generales

Dentro de estos aspectos es necesario iniciar el estudio por la única norma que consideramos que puede tener algún impacto en las actuaciones ante la sede admi-

.....

4. Consejo de Estado, abril 25 de 1996, ponente: Daniel Suárez Hernández, Exp. 11.653, Sección tercera, actor: José Omar Buriticá Peña y otros.

5. Consejo de Estado, auto agosto 20 de 1998, ponente: doctor Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 14.202, sección tercera.

6. Consejo de Estado, febrero 20 de 1996, ponente: doctor Daniel Suárez Hernández, Exp. 11.312, sección tercera. Actor: José Pedro Hernán Tamayo.

nistrativa. Se trata del artículo 44 de la ley objeto del presente estudio, que a su vez reforma el artículo 136 del C. C. A.

Nos referimos específicamente a lo relacionado con el numeral 3 de dicha norma que establece que las acciones contra los actos presuntos que resuelvan un recurso pueden interponerse en cualquier tiempo.

“Artículo 136. Caducidad de las Acciones.

3. La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo”.

Esta norma que debería referirse a la acción contra los actos presuntos y no sobre éstos, tiene una estrecha relación con una controversia que de tiempo atrás viene desarrollándose con razón a la interpretación de las normas relativas al silencio administrativo como forma de agotamiento de la vía gubernativa. Dicha polémica surgió a partir de la declaratoria parcial de inexecutable del Decreto-Ley 2304 de 1989. En efecto, al ser declarado inexecutable la primera parte del decreto que se refería al libro primero del Código Contencioso-Administrativo desapareció la norma introducida, para darle nuevamente vida a la legislación anterior (Decreto-Ley 01 de 1984). Sin embargo la parte que fue declarada executable aún esta vigente en gran parte. Por esta razón existen una serie de incoherencias entre normas que venían del Decreto-Ley 01 con respecto a normas que entraron en vigencia a partir del Decreto-Ley 2304. Ejemplo de lo anterior lo constituyen los artículos 51 y 135 del actual C. C. A. El primero de estos corresponde al 01 y el segundo a la reforma del 2304.

“OPORTUNIDAD Y PRESENTACION

Artículo 51. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

(...)”

y por su parte el artículo 135 establece:

“Artículo 135. Posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo contra los actos particulares.

(...)

El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

(...)”.

De las anteriores normas se tiene que el particular puede escoger si acude directamente a la jurisdicción cuando opere el silencio administrativo en relación con su petición o si por el contrario interpone un recurso. Antes de la ley objeto del presente

estudio, con razón a que el artículo 136 establecía como caducidad de la acción cuando se trataba de actos presuntos el término de cuatro meses contados a partir del día en que se configurara el silencio administrativo, el particular estaba en el peligro de ver caducada su acción o por el contrario de revivir los términos de caducidad dependiendo de la actividad que decidiera llevar a cabo.

En efecto, si se había configurado el silencio administrativo con respecto a la primera petición (artículo 40 C. C. A., tres meses) y el particular dejaba correr más de cuatro meses más y decidía en ese momento acudir ante la jurisdicción ésta le concluiría que su acción estaba caducada por haber transcurrido más de cuatro meses de haberse configurado el silencio administrativo.

Pero si el mismo particular en ese mismo momento, en lugar de acudir ante la jurisdicción decidía interponer un recurso (que de acuerdo con el artículo 52 puede hacer en cualquier tiempo) podríamos afirmar que revivió los términos de caducidad ya que el término que empezaría a contar sería el del silencio administrativo con respecto al recurso (artículo 60 C. C. A., dos meses). En este momento tendría que estar prevenido de que no se fueran a pasar cuatro meses más luego de haberse configurado este último silencio, ya que de acudir en este momento ante la jurisdicción invocando el silencio administrativo, la conclusión de la jurisdicción no sería otra que la de caducidad de la acción. La anterior posición fue sostenida por jurisprudencia del Consejo de Estado⁷.

Como se puede observar, la Ley 446 no resolvió la polémica existente ya que lo único que le quitó al particular fue ese peligro de que le caducara la acción y de esta forma le autorizó el acudir ante la jurisdicción en cualquier tiempo cuando se trate del silencio administrativo con respecto a los recursos. La duda sigue sin embargo con respecto a la contradicción de las normas arriba citadas. Dicha contradicción hay quienes afirman que debe resolverse mediante la interpretación de la inexequibilidad sobreviniente del artículo 135 con razón a que la norma concordante, la que modificaba el 51 mediante el Decreto-Ley 2304, fue declara inexecutable. Lo cierto es que hoy sigue en nuestra opinión la controversia y pensamos se desaprovechó una buena oportunidad para acabar con un punto oscuro en materia procedimental, lo que implica un obstáculo al ejercicio del derecho de defensa y debido proceso de los individuos.

En nuestra opinión este punto es el único que puede tener algún tipo de impacto indirecto en lo que toca a los procedimientos ante la sede administrativa por tratar la figura del silencio administrativo. En consecuencia pasamos a estudiar los demás puntos relativos al procedimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

.....

7. Consejo de Estado, de 1992, ponente: Dolly Pedraza de Arenas, sección segunda.

Para estos fines el estudio se hará pretendiendo seguir los pasos de la estructura del proceso contencioso.

A. Admisión

En este punto, a pesar de considerar que se habría podido avanzar en lo que respecta al examen que la jurisdicción hace de la demanda en esta oportunidad, volviéndolo un poco más de fondo y no solamente desde el punto de vista formal, consideramos que se reivindicó una garantía al particular en cuanto al entendimiento de la jurisdicción como una sola y no como varias de éstas. Antes de explicar la modificación nos parece importante aclarar el comentario de la siguiente manera.

Al estudiar la admisibilidad de la demanda el juez lo único que hace es una verificación formal respecto del cumplimiento de los requisitos del artículo 137 del C. C. A. Lo anterior lleva a que se den sentencias inhibitorias por ineptitud sustantiva de la demanda al cabo del recorrido por las dos instancias. Lo anterior genera un desgaste de jurisdicción innecesario que habría podido evitarse de haberse estudiado aspectos de una manera más sustancial, como serían el agotamiento de la vía gubernativa y la existencia o no de la caducidad de la acción.

De otra parte la garantía a la que hacemos referencia es la modificación del artículo 143 del C. C. A. que obliga al juez a remitir al competente. Dicha obligación no está limitada al envío al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que se aplica también frente a la remisión al competente así haga parte de otra jurisdicción. En consecuencia no habrá pronunciamientos inadmisorios por considerarse competente otro juez, sino existirá la obligación de remitir al competente. De acuerdo con lo anterior, la caducidad se entenderá interrumpida al momento de la presentación de la demanda ante el primer juez siempre que se cumpla la condición posterior de obtenerse un auto admisorio de la demanda. La única causal de rechazo de la demanda de acuerdo con la reforma es la consistente en caducidad de la acción.

Corresponde en esta misma sección mencionar el hecho que respecto de las decisiones de las Salas Jurisdiccionales del Consejo Superior de la Judicatura así como de aquellas de los Consejos Seccionales no existe control jurisdiccional. Lo anterior responde al hecho de catalogar dichas decisiones como jurisdiccionales y por ende ser improcedente un control de carácter jurisdiccional diferente al ya existente.

B. Notificación, representación y contestación

En este punto encontramos un aporte significativo de la ley ya que aclara la notificación conocida como "notificación por aviso" que estaba prevista en el artículo 150

C. C. A. En efecto dicha norma establecía como mecanismo de notificación subsidiario del auto admisorio de la demanda esta notificación que acabamos de mencionar. El procedimiento establecido consistía en la entrega del auto admisorio junto con la demanda al funcionario que atendiera la diligencia cuando el representante legal o su delegado para estos fines no pudiera atender la notificación. Posteriormente se le enviaba un aviso a este último y así se entendía surtida la notificación. El gran problema de la norma era que no se establecía qué día se entendía realmente notificado el auto admisorio de la demanda. En el artículo 150 tal y como quedó modificado se determina que se entiende notificado el auto admisorio 5 días después de haber efectuado la diligencia de entrega al funcionario, existiendo la obligación de enviar al día siguiente de ésta el aviso correspondiente.

En lo que respecta al término para contestar la demanda, el artículo 58 de esta ley modificó el artículo 207 del C. C. A. ampliando el término de fijación en lista de cinco a diez días. Es importante recordar que dentro de dicho término el demandante puede aclarar o adicionar su demanda por una sola vez, y que por su parte el demandado puede contestar la demanda, llamar en garantía, o presentar demanda de reconvencción.

No nos parece conveniente haber ampliado dicho término ya que consideramos que dicha modificación lo que hace es dilatar aún más el ya dispendioso y a veces interminable proceso contencioso-administrativo. Consideramos que en lugar de haber ampliado dicho término, hubiese sido mejor haber pensado en fijar términos para las etapas que aún no lo tienen. Me refiero, a manera de ejemplo, al tiempo que transcurre entre la admisión de la demanda y la notificación del demandado y del ministerio público, así como del tiempo que transcurre entre ese momento y el día en que finalmente se fija en lista el proceso. Lo anterior se sustenta en la experiencia que tienen que padecer las partes en tribunales como el de Cundinamarca, específicamente en la sección tercera, donde por lo general entre la admisión de la demanda y la notificación transcurren en la actualidad por lo menos tres meses. De la misma manera entre la notificación del auto admisorio y la fijación en lista por lo general no transcurre menos de dos meses en la actualidad.

El artículo 144 del C. C. A. incluyó como obligación del demandado el acompañar a su escrito las pruebas que tenga en su poder. La norma anterior está encaminada a agilizar el período probatorio, que en la actualidad junto con la notificación de las demandas constituyen el cuello de botella de los procesos. Lo anterior no sería necesario si en la mayoría de los procesos se diera cumplimiento al artículo 207 del C. C. A. que en su numeral 6 establece la obligación de allegar al proceso el correspondiente expediente administrativo en el que debe constar lo relativo al conflicto en cuestión.

En cuanto a la representación de las entidades públicas el artículo 149 tal y como quedó modificado busca armonizar las normas de la Ley 80 de 1993 frente a la capacidad contractual de ciertos entes administrativos, así como las nuevas disposiciones introducidas por la Ley 270 de 1996.

En concordancia con lo establecido en el artículo 2° y 11 de la Ley 80 de 1993 en el que se otorga capacidad para contratar a algunos entes que carecen de personería jurídica⁸, se establece que la notificación de los asuntos que se refieren a la materia contractual se llevará a cabo con el servidor público de mayor jerarquía dentro del ente administrativo.

Con respecto a las controversias en las que deba actuar la Nación-rama Legislativa la representación se le asigna al Presidente del Congreso. Con esta modificación se aclaró una inconsistencia ya que la jurisprudencia contencioso-administrativa había afirmado que en las controversias contractuales que se llevaran ante el juez el representante del Congreso era el Presidente del Senado. Sin embargo en las controversias extra-contractuales el representante sería el Ministro del Interior.

La norma merece un análisis en lo que respecta a la distinción entre capacidad contractual y capacidad procesal. Al carecer de personería jurídica dichos entes carecerían de los atributos de la misma, por lo que no podrían representarse judicial ni extrajudicialmente. El problema desde el punto de vista práctico se refiere a la ausencia de un patrimonio público que pueda responder en caso de ser condenados. Desde el punto de vista teórico para ser coherentes habría que afirmar que es necesario que la entidad que actúa dentro del proceso sea la persona jurídica, quién quedó vinculada por la actuación del ente administrativo, y que la representación para esos efectos fue asignada por la ley en cabeza del funcionario de mayor jerarquía del mismo. Lo anterior permite que existan dentro del proceso dos sujetos de derechos y obligaciones con todos sus atributos, pero que para efectos de mayor agilidad contractual no sólo se ha otorgado capacidad contractual a algunos de sus entes que lo conforman, sino que a su vez, se les ha atribuido la representación para aquello que se refiera a esa actuación específica.

En el mismo sentido se plasma la modificación que ya había sido introducida por la ley estatutaria de la administración de justicia en la que se atribuyó la representación de la Nación-rama Judicial al Director Ejecutivo de la Administración Judicial.

.....

8. Corte Constitucional, agosto 25 de 1994, actor: Juan de Dios Uribe, ponente: Jorge Valencia Arango.

En cuanto a la Fiscalía General, quien carece de personería jurídica por pertenecer a la Nación-rama Legislativa, pareciera por la redacción de la norma en estudio, que la representación no se rige por la norma general que enunciamos en el párrafo anterior sino que su representación ha sido asignada al Fiscal General. Lo anterior es contrario a lo que había desarrollado la jurisprudencia que unificaba toda la representación de la rama Judicial en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial.

C. Aspectos probatorios

La regulación en esta materia consciente del cuello de botella que constituye en la actualidad el período probatorio, lo que intentó fue permitir la práctica de pruebas extrajudiciales y darles un mayor valor dentro de los diferentes procesos. En efecto se autoriza a las partes a presentar experticios especializados y darles pleno valor salvo que exista contradicción entre éstos, por lo que el juez procederá a decretar el peritazgo. Lo anterior permite dar mayor agilidad al proceso para evitar que los peritazgos sean la causa de la dilación en los procesos. Esta autorización lo que va a implicar es una mayor atención de parte de los defensores de las entidades públicas quienes tendrán que estudiar detenidamente los experticios presentados con la demanda para poder controvertirlos desde la contestación de la demanda ya que de no hacerlo y no existir contradicción con otros estudios, dichas pruebas tendrían pleno valor. La ampliación del término de fijación en lista se justificaría si se mira desde esta perspectiva.

Esta norma también le da un mayor valor a los documentos privados de contenido declarativo emanados de tercero al darles valor sin necesidad de ratificación. Dicha ratificación tan sólo será necesaria cuando la parte contraria lo solicite. Se admite igualmente que los testigos aporten documentos respecto de los hechos que declaran. Respecto de dichos documentos se da traslado a las partes por el término de tres días a efectos de cumplir el principio de contradicción de la prueba.

En armonía con un avance hecho por el Decreto-Ley 2150 de 1995, conocido como el estatuto anti-trámites, que no tuvo vigencia en sede judicial por expresa voluntad del legislador de excepción, el artículo 11 de la ley objeto del presente estudio, establece que los documentos privados presentados por las partes en el proceso para ser incorporados al expediente se reputan auténticos.

Como se puede observar, la presente ley lo que buscó fue agilizar el período probatorio dándole mayor valor a documentos y actuaciones de las partes así como permitiendo un mayor auge de la prueba extrajudicial. Teniendo en cuenta que el demandante tiene la demanda como oportunidad procesal para solicitar pruebas, y a

su vez el demandante la contestación para lo propio, el estudio que haga la entidad demandada del escrito del demandante cobra un valor inusitado y primordial en aras del desarrollo de una adecuada defensa de los intereses estatales, que no son otros que los de todos nosotros.

D. Recursos jurisdiccionales y grado de consulta

Los mecanismos de impugnación de las providencias judiciales han sido modificadas en cuanto a su procedencia de conformidad con la nueva distribución de competencias que trae la Ley 446. Tal y como se dijo en la introducción del presente estudio no vamos a entrar a analizar dicha repartición de competencias fundamentalmente porque aún no operan ya que no han entrado a funcionar los jueces administrativos.

Se dio fin a la polémica respecto de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios cuando se entendía que los primeros se interponían contra providencias que aún no estaban en firme y que por lo general impedían su firmeza, mientras que los segundos impugnaban providencias ejecutoriadas. Respecto del recurso extraordinario de súplica se discutió respecto del efecto suspensivo del mismo, habiéndose concluido que sí lo tenía y por ende desvirtuando la diferenciación a la que venimos de referirnos. Con la modificación se le reconoce expresamente el carácter de extraordinario al punto que el término para interponerse se varía a 20 días, y éstos empiezan a contar a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia. En consecuencia hoy en día es plenamente aplicable la diferenciación entre recursos ordinarios y extraordinarios en la forma arriba presentada.

A pesar de lo anterior merece la pena detenerse en la modificación introducida tanto al recurso extraordinario de súplica como al grado de consulta.

En cuanto al primero es importante tener en cuenta que desapareció el recurso extraordinario de súplica que tenía por objeto la unificación de jurisprudencia contencioso-administrativa para dar paso al ahora recurso extraordinario de súplica que no es otra cosa que un recurso de casación con causales limitadas. En cuanto a la competencia se mantuvo su atribución en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pero para su procedencia se requiere que exista violación directa de normas sustanciales ya sea por interpretación errónea, aplicación indebida o falta de aplicación.

Respecto al grado de consulta vale la pena destacar que se estableció una exigencia en cuanto a la cuantía a la que se condenó al Estado para que se dé su procedencia. Se requerirá que la condena supere los 300 salarios mínimos vigentes para que ésta proceda y que la sentencia o el auto de liquidación no haya sido

apelado. En este último punto se introduce igualmente una modificación ya que si la sentencia es apelada por cualquiera de las partes ya no opera. Anteriormente el grado de consulta se daba siempre que la entidad condenada no apelara. Con esta previsión lo que se buscaba era proteger el patrimonio público ya que este grado está previsto a favor de la entidad estatal por lo que el poder del juez está limitado al punto que no puede hacer más gravosa la situación de la entidad. Sin embargo con la modificación lo que se verá afectado es la razón de ser de la figura ya que con una sentencia en contra del Estado que sea apelada solamente por el demandante la consulta no operará y en virtud de la *reformatio in pejus* los poderes del juez estarán limitados. En nuestra opinión se trata de un error de redacción de la norma que va en detrimento de la razón de ser de la institución.

Este grado de consulta operará igualmente en los casos en que exista una parte representada por curador *ad-litem* y haya terminado condenada. En este caso no se exige monto específico de la condena. Dicha disposición busca garantizar la adecuada defensa sobre todo de los servidores públicos que han sido llamados en garantía a los procesos en aplicación de la responsabilidad personal del funcionario público (artículo 90, inciso 2 de la C. N.), quienes por lo general terminan siendo representados por curador *ad-litem*.

Se limitó la procedencia del grado de consulta en materia laboral a aquellos casos en que el juez considere que no ha existido defensa alguna de los intereses del Estado. Dada la redacción de la norma habría que concluir que lo anterior sólo será aplicable en los casos en que la entidad pública nunca se haga parte en el proceso, ya que de lo contrario, con una sola actuación, así no sea la contestación de la demanda, podría considerarse que efectuó algún tipo de defensa.

En este campo así como sucede con el traslado para alegatos de conclusión hemos regresado a una práctica antigua que consistió en diferenciar los términos de traslado de las partes de aquél del ministerio público. Tanto en materia del traslado previsto en el grado de consulta como en los alegatos de conclusión el ministerio público puede solicitar término de traslado independiente del de las partes. Dicho término además no empieza a correr sino a partir del día en que el agente del ministerio público retira el expediente de la secretaría. A pesar de entender que esta medida obedece a la acumulación de trabajo de los agentes del ministerio público así como a las precarias condiciones con las que trabajan no solo éstos sino también los litigantes en las barandas de las secretarías, pensamos que retrocedimos ya que el término va a doblarse.

Sea esta la oportunidad para tratar lo referente al ministerio público que al modificarse el artículo 127 del C. C. A. se consagran las funciones que fueron establecidas en un primer momento mediante resolución interna en 1994 y luego a través de la Ley 201 de 1995. En efecto se establece como función de los agentes del

ministerio público ante el contencioso-administrativo la posibilidad de vincular servidores públicos, presentar demandas contra actos administrativos, contra contratos estatales por nulidad absoluta de los mismos, alegar en los procesos e incidentes así como presentar recursos contra los autos que aprueban o imprueban las conciliaciones judiciales.

De lo anterior vale la pena reiterar lo relativo a la restricción del ministerio público en cuanto a la impugnación de los contratos estatales solamente en virtud de nulidades absolutas así como el hecho de solamente poder impugnar los autos de las conciliaciones judiciales, excluyendo por lo tanto las extra-judiciales.

E. Sentencias

En lo que atañe a este punto a pesar de consagrarse norma específica dentro de esta ley que como su nombre lo dice pretende descongestionar la administración de justicia, en materia contencioso administrativa tiene aplicación restringida su artículo 18 que consagró la obligación de seguir el orden en que pasen los expedientes al despacho en forma idéntica para efectos de proferir los respectivos fallos. En materia administrativa dicho orden puede ser modificado por la trascendencia jurídica o social, o por solicitud del ministerio público, introduciéndose así un factor subjetivo a la decisión.

De otra parte se desmontó la prohibición de condenar en costas a las entidades públicas que establecía el artículo 392 del C. P. C. En virtud de lo consagrado en el artículo 55 de la Ley 446, modificadorio del artículo 171 del C. C. A. podrá condenarse en costas en todos los procesos con excepción de aquellos en que se ejerciten acciones públicas. En estos últimos no se podrá condenar a ninguna de las partes del proceso. De esta forma se acaba con una norma que había perdido su razón de ser hace algún tiempo.

Respecto de la posibilidad de fallar en abstracto se mantuvo esta posibilidad en materia administrativa, constituyendo excepción frente a lo permitido ante la jurisdicción ordinaria. El trámite de la liquidación en concreto es incidental y se establece un término de 60 días para ser promovido so pena de que el derecho caduque. Lo novedoso está en la sanción prevista frente a la inactividad de la parte respecto de la liquidación en concreto de la sentencia proferida en abstracto.

En el campo de las sentencias, el artículo 60 de la Ley 446 introdujo una novedad en lo que respecta al pago de las mismas. Parte del problema que se generaba con la ausencia de reglamentación en este campo consistía en que al aplicar el artículo 177 del C. C. A. que establece que las sentencias judiciales generan intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a su ejecutoria y moratorios de ese mo-

mento en adelante hasta su pago efectivo, era que en muchos casos estos intereses eran inmensos no por causa de la entidad sino por la falta de diligencia del beneficiario de la sentencia que veía premiada su omisión de radicar el cobro de la providencia. Con la norma introducida se corrige parcialmente lo anterior ya que limita la causación de intereses a los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia cuando el beneficiario no haya presentado la documentación para su cobro. Decimos que fue una solución parcial ya que tal y como quedó redactada la norma, el beneficiario tiene como período de gracia para presentarse el término de seis meses dentro de los cuales verá premiada su negligencia. De esta forma podrá esperar cinco meses y 29 días para presentarse al cobro, para hacerlo al día siguiente, causando de esta manera intereses moratorios a partir del mismo día de la presentación en razón al cumplimiento de los seis meses.

Luego de haber sido presentada la presente ponencia en sentencia C-188 de 1999, la Corte Constitucional declaró inexecutable parte de esta norma por ser violatoria de la igualdad. La parte declarada inexecutable es la que diferenciaba la aplicación de intereses comerciales durante los primeros seis meses y de allí en adelante intereses moratorios. La Corte consideró que no existía razón para darle un tratamiento preferencial al Estado sobre aquél de los particulares a quienes se les aplica interés moratorio a partir del día siguiente a aquél en que se encuentran en mora. En consecuencia los intereses que se causan a partir de la ejecutoria de la sentencia son moratorios desapareciendo la aplicación de los comerciales durante esos primeros seis meses.

F. Mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad personal del servidor público

Desde el mismo momento en que se expidió la Constitución de 1991 que en su artículo 90 consagró los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado así como los elementos de la responsabilidad personal del servidor público existió controversia respecto no sólo de la jurisdicción competente para hacer efectiva esta última sino también la acción procedente.

A través de la Ley 446 que modificó el artículo 86 del C. C. A. se acogió lo que el Consejo de Estado había interpretado al respecto⁹. La acción de repetición de que

.....

9. Consejo de Estado, sección tercera, ponente: doctor Daniel Suárez Hernández, Exp. 12.520.

habla el artículo 90 inciso 2 de la Constitución¹⁰, y que ha sido desarrollada no solo en el artículo 78 del C. C. A. sino también en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 se hace efectiva a través de la acción de reparación directa. La caducidad de dicha acción sigue la regla general de dos años. Sin embargo para estos efectos los dos años empiezan a contar a partir del pago total de la sentencia a la cual fue condenado el Estado.

Con lo anterior se aclaró la jurisdicción competente, la acción procedente y su caducidad. De la misma manera se asignó esta vía para todo los casos en que una entidad sufra un perjuicio ya sea causado por un particular o por otra entidad pública. Podríamos afirmar con esta última aclaración que la acción de reparación directa se convirtió en el mecanismo genérico de obtener indemnizaciones independientemente de quién las cause siempre que el perjudicado sea una entidad estatal y que no exista vínculo contractual alguno.

G. Breves consideraciones respecto de la asignación de competencias

Tal y como se ha reiterado a lo largo del presente estudio no vamos a entrar al estudio de la asignación de competencias toda vez que los jueces administrativos no han empezado a operar a la fecha.

Sin embargo vale la pena comentar algunos avances en materia de distribución de competencia no sólo con razón a la cuantía sino con razón al territorio.

Respecto de lo primero el aumento de la menor cuantía que determina qué procesos son de doble instancia y cuáles de única, fue ostensible. Se pasó del límite que estaba cercano a los quince millones de pesos a un límite actual que esta cerca de los cien millones de pesos. Lo anterior busca descongestionar sobre todo el Consejo de Estado que a su vez mediante la aplicación reciente pero reiterada de los criterios establecidos en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 20 para determinar la cuantía de los procesos ha venido limitando en forma importante el acceso a la doble instancia. En efecto se trata de la determinación de la cuantía del proceso de conformidad con la pretensión de mayor valor y no mediante la sumatoria de éstas, criterio aplicado anteriormente por esta Corporación.

.....

10. Consejo de Estado. Sala Plena, auto; Exp. AR- 001, abril 8 de 1994, ponente: doctor Daniel Suárez Hernández.

De la misma manera, y acogiendo jurisprudencia del máximo tribunal administrativo se prohíbe la posibilidad en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de renunciar a la cuantía de la acción en aras de buscar competencia prevalente.

En cuanto a la competencia con razón al territorio la modificación que consideramos más importante se refiere a lo consagrado en el artículo 134 D, literal b.) que autoriza al demandante cuando se trate de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho diferentes a las laborales, a presentar la demanda en el lugar de expedición del acto o en la jurisdicción de su domicilio siempre que la entidad que lo profirió tenga oficina en este lugar.

Con esta posibilidad en los casos de entidades desconcentradas territorialmente o por servicios no habrá la necesidad de acudir necesariamente a la sede principal, congestionando el Tribunal de Cundinamarca sino que el demandante podrá escoger como Tribunal competente el de la sede de su domicilio en los casos en que la entidad tenga oficina en ese lugar. Lo anterior redundará en una baja en los costos en que incurre el actor y en descongestión de algunos tribunales, principalmente el de Cundinamarca. La notificación en estos casos se lleva a cabo de conformidad con el artículo 149 del C. C. A. a través del funcionario de mayor jerarquía de la entidad.

II. El contencioso contractual

En Colombia luego de la modificación introducida por la Ley 446 de 1998 tenemos un panorama contencioso en lo referente a las controversias judiciales originadas a propósito de la actividad contractual bastante complejo. En este esquema juegan acciones de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, acción de controversias contractuales, acción de nulidad absoluta del contrato, y finalmente acciones ejecutivas surgidas a partir de un contrato estatal. En este panorama desempeñan un papel importante los llamados actos separables, concepto que en cada una de las últimas modificaciones normativas ha sido regulado, y que especialmente en esta última vuelve a cobrar la relevancia que tenía bajo la vigencia del Decreto-Ley 01 de 1984. De otra parte, el aporte novedoso que introdujo la Ley 80 de 1993 al consagrar una acción pública de nulidad absoluta del contrato se ve matizado por la reforma actual en la que se restringe la legitimación de esta acción. De la misma manera encontramos una limitación igualmente en la legitimación de la acción de controversias contractuales cuando queda abierta exclusivamente a las partes del contrato.

En cuanto a los procesos ejecutivos que nacen a partir de los contratos estatales se mantiene su regulación conforme al C. P. C. y su competencia en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Teniendo en cuenta el esquema vigente, y teniendo en cuenta la importancia de las reformas mencionadas, en el presente capítulo se analizará en primer lugar la teoría de los actos separables, para luego estudiar las otras acciones procedentes una vez ha nacido a la vida jurídica el contrato estatal. Estas diferenciaciones desde el punto de vista práctico son importantes ya que condicionan la persona legitimada para actuar ante el juez y el momento dentro del cual puede acudir a éste.

No se analizará la procedencia de la llamada *actio in rem verso*, acción de enriquecimiento sin causa, con razón a que la jurisprudencia del Consejo de Estado la ha tratado como una reclamación extracontractual y le ha asignado la vía de la acción de reparación directa. Lo anterior ha llevado a un desgaste de jurisdicción que hubiera podido ser modificado en la presente ley. En efecto, en los casos en que el accionante está cobrando el pago de unas prestaciones contractuales así como de unas prestaciones que no se encontraban en el contrato pero que la entidad le ordenó que las hiciera, éste debe interponer una acción de controversias contractuales para el primer cobro, y una acción de reparación directa para el segundo. Lo anterior no es otra cosa que el poner a funcionar la jurisdicción dos veces por un mismo litigio desconociéndose de esta forma el principio de economía procesal.

A. Actos separables del contrato

Consideraciones preliminares

Para un análisis de la teoría de los actos separables es necesario iniciar todo estudio desde el régimen jurídico francés, ordenamiento del cual fue importada dicha noción. En el derecho francés el concepto de acto separable no es exclusivo de la actividad contractual. El acto separable tiene connotación también dentro de otras actividades tales como el derecho internacional. En éste campo se entiende como actos separables aquellos que no dependen directamente de los tratados internacionales ni de las relaciones internacionales, pero que son concomitantes con éstas. Los actos relativos a los tratados así como los actos directamente relacionados con las relaciones internacionales no son competencia de la jurisdicción interna del país, mientras que los actos separables de dichas relaciones por tener éste carácter, pueden ser objeto de estudio por parte de la jurisdicción francesa. Son catalogados como asuntos internos del gobierno francés y corresponde su conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa francesa.

Otro ejemplo francés de actos separables por fuera del campo contractual lo constituyen aquellos actos ejecutados por las autoridades administrativas en cumplimiento de un fallo jurisdiccional en el cual la autoridad administrativa tiene algún margen de

acción. Un ejemplo de este tipo lo constituye la facultad que posee la administración de determinar el lugar de cumplimiento de las penas de prohibición de residencia en el país así como los métodos de vigilancia del cumplimiento de estas penas, las cuales son decretadas por las autoridades jurisdiccionales. Esta actividad administrativa es susceptible de impugnación en el contencioso-administrativo, a diferencia del decreto de la pena hecho por la autoridad jurisdiccional a través de un pronunciamiento judicial, por lo que es considerada como separable.

Es importante tener en cuenta primero que el concepto de separable en derecho francés no se refiere exclusivamente a la actividad contractual. En segundo lugar, el concepto de separable de un determinado acto tiene su razón de ser en la necesidad de excluirlo dada su naturaleza, de la actividad en que se encuentra enmarcado para así darle un tratamiento diferente a aquel propio de ésta. Este tratamiento se refleja por lo general en el campo del contencioso administrativo ya que se establece la posibilidad de controlarse su legalidad a través de medios diferentes a los propios de la actividad en que se desarrollan. Adicionalmente a través de esta vía se permite que terceros tengan la posibilidad de impugnar actos que afectan la legalidad objetiva.

En materia contractual habría que decir de conformidad con lo anterior, que son aquellos actos que se encuentran enmarcados dentro del procedimiento contractual pero que por su naturaleza misma no deberán ser objeto de control a través de los mismos medios propios de la actividad contractual.

1. Noción de acto separable en materia contractual

El concepto de separable por definición implica aquel acto que puede existir por sí solo independientemente del cumplimiento del objetivo propio de la actividad en que se encuentre. En materia contractual sería todo aquel que existe sin necesidad del contrato y que por estar dentro de la categoría de acto administrativo tuviese la característica de unilateralidad, característica extraña al campo de la convención.

a. Desarrollo de la noción en derecho francés

La concepción del concepto de acto separable en el derecho francés encuentra su explicación primordial en la existencia de sólo dos medios de impugnación. El llamado recurso por exceso de poder (control objetivo de legalidad), y el llamado recurso de plena jurisdicción (control de legalidad con contenido particular y patrimonial). Dentro de este esquema de medios de control de legalidad el contrato necesariamente está enmarcado en el recurso de plena jurisdicción. Surge el concepto ante

la necesidad de impugnar aquellos actos unilaterales que no pertenecían directamente al contrato y que un tercero ajeno al proceso contractual podría tener interés en impugnar. Se crea el concepto de acto separable del contrato para permitir el control de legalidad a través del recurso por exceso de poder, el cual, por ser un control de legalidad objetivo está abierto inclusive a aquellas personas que no tienen un interés directo.

Se sostenía hasta principios de siglo por parte de la jurisprudencia el carácter de un todo indivisible del proceso contractual. Mediante la consagración de la teoría del acto separable se rompe este esquema que traía como conclusión que el control de ese todo indivisible era sólo mediante el recurso de plena jurisdicción que por esencia excluía a todos aquellos distintos a las partes del contrato. Este recurso era por lo tanto procedente sólo cuando el contrato se había perfeccionado. El primer reconocimiento a un acto separable en materia contractual fue hecho a través de un pronunciamiento del Consejo de Estado francés en 1903, conocido como el pronunciamiento de la Comuna de Gorre. Sin embargo, el pronunciamiento conocido como Martin¹¹ de 1905 del Consejo de Estado es el que realmente constituye el desarrollo y la consagración de la teoría. Mediante este pronunciamiento se admite que existen actos unilaterales que constituyen el sostén o el soporte del contrato ya sean previos a su perfeccionamiento o posteriores a éste. Se admite por lo tanto que este recurso sea interpuesto por cualquier interesado. Se admite con posterioridad la posibilidad de aplicar la teoría de los actos separables también a aquellos contratos de derecho privado de la administración¹². Para estos casos se admite la posibilidad de ser impugnados por un tercero. El concepto de tercero puede estar referido tanto a un persona que participó en el procedimiento contractual sin ser parte del contrato (ejemplo "Martin") así como aquella persona que participó en el procedimiento pero que no fue adjudicataria. También podrá admitirse el recurso por exceso de poder del contratista a pesar de gozar del recurso de plena jurisdicción, sólo contra aquellos actos separables previos al perfeccionamiento del contrato.

.....

11. Consejo de Estado francés, "Martin", 4 de agosto de 1905. Se admite un recurso de exceso de poder en contra de una deliberación de un Consejo que concedía una concesión del servicio de tranvía. El recurso fue interpuesto por uno de los miembros del Consejo deliberante alegando la violación del procedimiento para aprobar la concesión.

12. Consejo de Estado francés, sentencia 26 de noviembre de 1954, *Syndicat de la raffinerie de soufre française*. Se admite la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para juzgar a través del recurso por exceso de poder un acto unilateral surgido dentro de la actividad contractual privada de la administración cuyo control está en manos de la jurisdicción ordinaria.

A partir del pronunciamiento Martin se empieza a admitir la existencia de actos separables, observándose una mayor claridad con respecto a aquellos previos al perfeccionamiento del contrato. Es así como se ejemplifican como actos separables al contrato las aprobaciones de organismo dirigidos a la celebración de un contrato, la decisión de abrir una licitación, las condiciones de la licitación, etc. En lo que toca a aquellos posteriores al perfeccionamiento del contrato, es decir aquellos que tienen lugar durante la ejecución del contrato, la jurisprudencia admitió su existencia y la posibilidad de admitir recursos de exceso de poder teniendo como limitante la calidad de la parte que lo interponga. Es así como en lo que tiene que ver con las facultades exorbitantes de la administración, modificación unilateral y terminación unilateral, se admite al contratista el recurso de plena jurisdicción exclusivamente, mientras que a los terceros les es admitido un recurso por exceso de poder contra tales medidas. Se enfatiza que la admisibilidad del recurso está atado a la calidad de quién lo interpone¹³. Sin embargo excepcionalmente se permite al contratista interponer un recurso de exceso de poder contra un acto unilateral que modifica las condiciones de ejecución del contrato siempre y cuando su impugnación provenga exclusivamente de la guarda de la legalidad objetiva y bajo ningún concepto la discusión de las cláusulas del contrato¹⁴.

Resumiendo lo anterior decimos que la consagración de la teoría de los actos separables en materia contractual rompió el concepto del todo indivisible del procedimiento contractual. Se entiende con la consagración de esta teoría que existen actos separables previos al perfeccionamiento del contrato que pueden ser impugnados tanto por los terceros como por las partes en un contrato a través del recurso por exceso de poder. También se contempla la existencia de tales actos con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, los cuales en principio sólo son atacables por los terceros a través del recurso por exceso de poder y excepcionalmente a través de este medio por las partes del contrato.

.....

13. Consejo de Estado francés, sentencia 21 de marzo de 1910, *Compagnie Générale française des tramways*. Se estudia la consagración del principio del equilibrio financiero del contrato mediante su ruptura al establecer la administración un horario restringido para la circulación de trenes, hecho que afecta las condiciones iniciales de la concesión.

14. Consejo de Estado francés, sentencia 6 de diciembre de 1907, *Compagnie de Chemins de Fer de l'Est*. Se trataba de la impugnación de un decreto reglamentario que modificaba los pliegos de condiciones de las concesiones en materia de trenes. Se admite la impugnación a través del exceso de poder por parte de un concesionario.

Es necesario resaltar en todo caso como en 1982¹⁵, se admitió un recurso por exceso de poder de un contribuyente de una comuna contra el acto del Alcalde de la Comuna mediante el cual decide firmar el contrato así como contra el contrato mismo. Constituye este pronunciamiento una revolución a las materias que por definición constituyen la legitimación y el campo en que operan tanto el recurso por exceso de poder como el de plena jurisdicción.

Con respecto a la adjudicación del contrato durante algún tiempo se discutió si configuraba un acto separable o si por el contrario hacía parte del contrato. Se argumentaba que la adjudicación se realizaba conforme a los criterios consagrados en el pliego de condiciones y que por lo tanto hacía parte del procedimiento contractual, impugnabile por lo tanto a través de la acción de plena jurisdicción. Sin embargo teniendo en cuenta que dichas reglas deben reflejar el interés general, la posibilidad que un tercero afectado la pudiera impugnar tenía que abrirse, por lo que se admitió el recurso por exceso de poder. Dicha procedencia es actualmente indiscutible teniendo en cuenta la naturaleza del acto de adjudicación¹⁶.

En Francia se ha llegado al punto de aceptar que el acto mediante el cual se suscribe el contrato sea impugnabile a través del recurso por exceso de poder. Se ha entendido que la separabilidad de este acto es más clara cuando tiene una separabilidad formal, es decir cuando existe un acto separado a la imposición de la firma en el contrato¹⁷. Pero no necesariamente debe existir esta separación formal entre los dos¹⁸.

El siguiente paso consistía en analizar el efecto, sobre el contrato, de la declaratoria de ilegalidad del acto separable. En principio se entendió que la declaratoria de ilegalidad del acto soporte del contrato no podría conllevar la declaratoria de nulidad del contrato. Se dice, en principio, toda vez que algunas veces, el acto declarado ilegal tenía tal influencia en el contrato que su nulidad implicaba la pérdida de funda-

.....

15. Consejo de Estado francés, 7 de julio de 1982, *Commune de Guidel/ Mme Courtet*. Recurso interpuesto por un contribuyente de la comuna que se sintió afectado por la decisión del alcalde que autorizó la firma del contrato así como con el contrato mismo.

16. Consejo de Estado francés, 19 de mayo de 1922, *Légal*, recurso contra el acto que adjudicó el contrato de tala de bosques.

17. Consejo de Estado francés, 30 de marzo de 1973, *Ministre de l'Amenagement du territoire, de l'Equipement, du Logement et du Tourisme*. Se admite contra el acto que ordena suscribir el contrato.

18. Consejo de Estado francés, 9 de febrero de 1934 *Chambre de Commerce de Tamatave* y 7 de febrero de 1936, *Départament de la Creuse*. Se admite inclusive contra los actos que no tienen separabilidad material con la suscripción del contrato.

mento de éste¹⁹. La importancia en estos casos radica en determinar si el acto constituía un aspecto fundamental en la conformación del contrato o no.

Toda esta aplicación de la teoría del acto separable fue transplantada a Colombia, donde en primer lugar habría que decir, no existía necesidad de su desarrollo toda vez que en Colombia se han consagrado acciones distintas a los equivalentes al recurso por exceso de poder y al de plena jurisdicción. En efecto existe consagración expresa de una acción contractual que permite varios tipos de declaraciones sobre actos o hechos que tengan lugar durante el desarrollo del contrato.

Veamos sin embargo, cuál ha sido la evolución de la teoría en Colombia. Se podrá observar en este análisis cómo en Colombia se viven casi que idénticamente los mismos conflictos franceses pero un tanto más mesurados.

b. Evolución de la noción de acto separable en Colombia

En un primer momento se sostuvo, según la doctrina francesa y mediante el análisis gramatical de la noción, que acto separable era todo aquel que podía separarse del contrato. Dicha interpretación no aportaba mayor ventaja desde el punto de vista práctico, por lo que se interpretó como separables todos aquellos que tenían el carácter de acto, es decir, contenían la voluntad unilateral de la administración. En otras palabras, todos los actos administrativos en el desarrollo de una actividad contractual debían ser considerados como separables²⁰. Dichos actos no eran impugnables a través de la acción contractual sino a través de la anulación.

La anterior posición fue recogida por el Consejo de Estado, inclusive a través de providencias en las cuales fue ponente el mismo Carlos Betancur Jaramillo. Dicha reconsideración tenía como fundamento la dificultad que aparecía al tratar de explicar cómo un acto que decretara una caducidad era separable del contrato siendo que su fundamento mismo en la mayoría de los casos era el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Así mismo, se estudió el desarrollo de este tipo de actos

.....

19. Consejo de Estado francés, sentencia de marzo 1° de 1946, *Société l'Energie Industrielle*, se interpretó que la aprobación irregular del contrato de concesión implicaba la nulidad del contrato.

20. Consejo de Estado, Sección tercera, febrero 15 de 1985, Exp. 4557, ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Hernando Castro.

Consejo de Estado, sección tercera, 13 de septiembre de 1985, Exp. 4699, ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Sociedad E.R. Squibb y Sons.

Consejo de Estado, sección tercera, 17 de septiembre de 1985, Exp. 4672, ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Cía Colombiana de Ascensores.

en el derecho francés por lo que la posición no se adecuaba. La jurisprudencia superó dicha posición en múltiples fallos²¹. El mismo Carlos Betancur Jaramillo en auto de octubre 1° de 1986 (ver 11) al recoger la posición del Consejo de Estado mediante la cual todos los actos en el desarrollo del procedimiento contractual eran separables, hizo la aclaración que por actos separables sólo se podía entender aquellos actos administrativos que podrían existir jurídicamente sin necesidad del contrato, aunque la existencia o validez de éste no puede afirmarse sin la de aquellos. Afirmó, que estos actos no podían tener lugar sino en la etapa precontractual toda vez que éstos son los únicos que pueden existir sin necesidad del contrato, y que por ende serían atacables a través de otras acciones distintas a la contractual.

Dicha interpretación cobraba mayor lógica al analizar el artículo 87 del Decreto-Ley 01 de 1984 que mencionaba los actos separables y establecía que dichos actos eran impugnables a través de las demás acciones diferentes a la contractual. Dichos actos, con excepción de la adjudicación sólo eran demandables una vez liquidado el contrato. Con la expedición del Decreto 2304 de 1989 dicha mención de los actos separables del contrato desapareció del artículo 87, por lo que se creyó que la teoría desaparecía. Sin embargo como se puede comprobar, dicha noción no desaparece por su consagración o no en la ley, toda vez que es de la naturaleza de un procedimiento contractual. En consecuencia, según Betancur, dichos actos sólo se daban en la etapa precontractual. Los posteriores a dicha etapa eran contractuales por tener relación con la ejecución del contrato (ejemplo: caducidad, modificación unilateral, etc.).

Sin embargo surgió un problema a esta interpretación. Hasta donde va la etapa precontractual, se decía que era evidente que se iniciaba con todos aquellos actos que se encaminaban a poner en funcionamiento el proceso de selección del contratista para llegar a la celebración del contrato. El punto que se discute es el de determinar qué naturaleza tiene la adjudicación del contrato y por ende a qué etapa del procedimiento pertenece. Estudiando este punto el Consejo de Estado²². El 6 de abril de

.....

21. Consejo de Estado, Auto de agosto 21 de 1986, sección tercera, Exp. 4880, ponente: Jorge Valencia Arango, actor: Occidental de Colombia.

Consejo de Estado, Auto de octubre 1° de 1986, sección tercera, Exp. 4880, ponente: Carlos Berancur Jaramillo, actor: Occidental de Colombia.

Consejo de Estado, Auto de abril 6 de 1987, sección tercera, Exp. 5050, ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Cámara Colombiana de la Construcción, Camacol

22. Consejo de Estado, Auto de 6 de abril de 1987, Exp. 5050, sección tercera, ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Camacol.

1987 afirmó que la adjudicación era un típico acto precontractual por su misma naturaleza. Sin embargo, antes de haber transcurrido dos meses, la Sala Plena, con ocasión de un recurso de Súplica, el 3 de junio de 1987²³ sostuvo que este acto tenía un carácter bilateral y que por lo tanto pertenecía a la etapa contractual. No se entiende cómo un acto a través del cual la administración manifiesta unilateralmente su elección entre los proponentes para escoger con quién va a contratar puede interpretarse como bilateral. Adicionalmente teniendo en cuenta que dicho acto debe notificarse según lo establecido para todos los actos administrativos típicos. Así mismo la ley tuvo la necesidad de consagrar que contra dicho acto no proceden los recursos en vía gubernativa, recursos que no son otra cosa que el desarrollo parcial del principio de la "decisión previa" de que goza la administración. Si no existiera esta excepción contra dicha decisión cabrían los recursos en vía gubernativa de la misma forma que para todas las decisiones administrativas. Dicho pronunciamiento de Sala Plena tuvo varios salvamentos de voto.

Afortunadamente la sección tercera en julio de 1987²⁴ tuvo oportunidad de aclarar la naturaleza del acto de adjudicación afirmando que es un típico acto unilateral y por ende separable del contrato que da por terminada la etapa precontractual. En la actualidad esta posición ha sido reiterada y mantenida por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2. Los actos separables del contrato en la Ley 80 de 1993

Con este ir y venir de la jurisprudencia, pero sin desconocer la fuerza que tiene un pronunciamiento de Sala Plena, aparece en el panorama la Ley 80 de 1993, estatuto general de contratación de la administración. Para analizar la consagración de los actos separables en éste estatuto es necesario analizar dos fallos del Consejo de Estado con el objeto de ilustrar la posición vigente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998.

.....

23. Consejo de Estado, providencia de junio 3 de 1987, Sala Plena del Consejo de Estado, Exp. S-003(4926), actor: ETB.

24. Consejo de Estado, providencia de julio 25 de 1988, sección tercera, Exp. 4925, ponente: Antonio de Irisarri Restrepo.

- a. Consejo de Estado, auto de enero 17 de 1994, sección tercera, exp. 9118, ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Empecemos por analizar el criterio expuesto en esta providencia con respecto a la naturaleza del acto de adjudicación de un contrato. La interpretación del estatuto contractual permite afirmar que dicha discusión fue zanjada definitivamente por su artículo 77 parágrafo 1°:

“El acto de adjudicación no tendrá recursos en 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”.

Dicho acto sería de conformidad con todo lo analizado anteriormente un típico acto separable. Así no se quiera llamar de este modo, el efecto de tal consagración conlleva el mismo efecto, es decir, ser impugnabile a través de una acción diferente a aquella propia del procedimiento dentro del cual está enmarcada. Dicha consecuencia fue reconocida por el Consejo de Estado en el auto de la sección tercera de enero 17 de 1994²⁵ al afirmar que dicho acto es la excepción a la impugnabilidad a través de la acción contractual exclusivamente, cuando se permite el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Reconoce también esta misma característica al acto que declara desierta una licitación al afirmar en este pronunciamiento que dicho acto también da por terminado un proceso selectivo. Vale la pena traer a colación el argumento del Consejo de Estado cuando dice:

“...Por esta razón no existe ni existía obstáculo alguno para someter a todos los actos contractuales a un mismo régimen de control, así sean los expedidos durante la etapa selectiva de los contratistas, salvedad hecha de dos actos que verdaderamente ameritan un trato diferente; por ser, cada uno a su manera, los que le ponen fin a dicho proceso selectivo; vale decir, el que adjudica el contrato o el que declara desierta una licitación o concurso, que sí serán pasibles de la acción de nulidad y restablecimiento. Para el primero, por mandato expreso del parágrafo 1° del artículo 77 de la Ley 80; y para el segundo, por interpretación armónica de los artículos 52, 82, 83 del C.C.A., ya que le ponen fin a la actuación contractual selectiva e impiden continuarla”.

.....

25. Consejo de Estado, Auto de enero 17 de 1994, sección tercera, Exp. 9118, ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Antonio de Irisarri.

Una vez realizada la anterior cita jurisprudencial para tratar de avanzar un poco podemos afirmar que ya existen dos actos que en virtud de la Ley 80 de 1993 y del Código Contencioso Administrativo tienen todas las características que justifican y explican la teoría de los actos separables por lo que podemos atrevernos a decir que son actos separables.

Es necesario por lo tanto definir en este punto qué sucede con los demás actos precontractuales de carácter definitivo tales como el pliego de condiciones, el acto que declara abierta una licitación, etc.

La jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la posibilidad de impugnar el acto de declaraba abierta una licitación y adoptaba el pliego de condiciones a través de la acción de nulación. El problema surge en este caso para determinar quién estaría legitimado para impugnar el acto y si existe perjuicio. En el caso a que me refiero, la demanda contra el acto mencionado fue presentada por un gremio que encontró que con dicho acto se desconocían derechos de los eventuales proponentes nacionales en la licitación abierta por ISA para la línea San Carlos.

La jurisprudencia anterior junto con varias otras que reconocieron el carácter de separabilidad del pliego de condiciones permitieron afirmar hasta antes de la expedición de la Ley 80 de 1993 que éste era un típico acto precontractual autónomo y que por ende separable pudiéndose impugnar por la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. Con la expedición de la Ley 80, entendió el Consejo de Estado que el único mecanismo consagrado en la ley para impugnar un pliego de condiciones era por la vía de la impugnación del acto de adjudicación. Lo anterior no dejó de provocar inconvenientes ya que no se entendía cómo a pesar de ser violatorio de la igualdad un pliego de condiciones era necesario esperar a que se consolidara el perjuicio (la adjudicación), para poder impugnar el proceso de selección.

Pero antes de tratar a fondo este problema veamos ahora cómo a través del análisis del Auto que inadmitió la demanda presentada por Antonio de Irisarri en virtud de la acción de simple nulidad contra el pliego de condiciones de la telefonía celular la sección tercera del Consejo de Estado afirma que la Ley 80 acabó con los actos separables, salvo la excepción hecha en torno a la adjudicación y a la declaratoria de desierta.

Se trataba de la impugnación del pliego de condiciones de una licitación por un ciudadano a través de la acción de nulidad simple. No es del caso por el tema estudiado en esta ocasión, analizar el fondo de las razones fundamento de la impugnación por lo que me detendré exclusivamente en el análisis de la legitimación y en la naturaleza del pliego de condiciones. En primer lugar, el ponente, doctor Betancur afirma que la legislación aplicable es la Ley 80 de 1993 dado que dicha ley empezó a regir para las telecomunicaciones el 28 de octubre de 1993, misma fecha en que según el Consejo se inició el proceso selectivo al abrirse la licitación en dicha fecha.

El artículo 78 de dicha ley que exceptúa la aplicación de sus normas a los procedimientos, contratos y procedimientos judiciales que a la fecha estuvieran en curso, no le es aplicable al caso concreto.

Una vez dicho lo anterior hace referencia al artículo 77 que establece que los actos administrativos que se produzcan con motivo y ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, afirmando que mediante esta norma se reforma ampliamente el régimen del Decreto 222 de 1983. Explica que mediante esta norma se le dio el carácter de contractuales a todas los actos del procedimiento contractual. Afirma que “tan contractual es por ejemplo, el que abre una licitación, adopta el pliego de condiciones o adjudica el contrato (previos al perfeccionamiento del contrato en el régimen anterior), como el que lo modifica, interpreta, caduca, termina o liquida unilateralmente (contractuales *strictu sensu* durante el mismo)”. De lo anterior podemos afirmar dos cosas, primero, deja en claro que los actos durante la ejecución del contrato, ejemplo caducidad, modificación, etc. son contractuales, enterrando definitivamente la jurisprudencia del 85 que afirmaba que todo acto administrativo dentro del procedimiento contractual separable fuera precontractual, durante la ejecución del contrato o en la liquidación del mismo. Pero así mismo entierra con fundamento en la Ley 80 de 1993 la concepción expuesta por este mismo consejero al afirmar que los actos separables son todos aquellos que se dan en la etapa precontractual.

La consecuencia lógica de afirmar que los actos son contractuales es que debe existir legitimación para impugnarlos. Dicha impugnación sólo será viable una vez perfeccionado el contrato sin perjuicio de la acción pública contractual de nulidad absoluta del artículo 45 de la Ley 80 de conformidad con las causales consagradas.

Pareciera que se quería retornar a aquella concepción restrictiva de cuando se expidió el Decreto 2304 modificadorio del Decreto 01 de 1984 cuando se afirmaba que los actos separables habían dejado de existir porque no se consagraban en la ley. En mi opinión el acto separable es de la naturaleza misma del procedimiento contractual y que por ende existe independientemente de que la ley lo mencione o no. El hecho de que la ley hable de la adjudicación y de la declaratoria de desierta como impugnables a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no implica que los actos separables anteriores al contrato desaparezcan o se vuelvan por ese hecho contractuales. Sin embargo hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 el Consejo de Estado, y posteriormente la Corte Constitucional, entendieron que los únicos actos separables eran los que venimos de mencionar, junto con la impugnación y calificación del registro de proponentes, y que por lo tanto todo lo demás constituía acto contractual.

Finalmente la posibilidad de obtener las mismas declaraciones tanto a través de la acción de nulidad y restablecimiento cómo en la contractual, es la misma. En la

acción contractual caben perfectamente esas mismas declaraciones. El problema radica en la legitimación para impugnar el acto en cuestión, y la caducidad de la acción. Veamos por qué:

Si uno considera que el acto es separable puede darse una de las siguientes alternativas²⁶:

1. Que se ejercite la acción de nulidad simple, cuando el propósito que mueve al actor para desencadenar el control jurisdiccional, sea el restablecimiento del orden jurídico que a su juicio, ha sido roto por el acto ilegal, caso en el cual no hay caducidad;

2. Que la acción ejercida sea la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la pretensión de nulidad que formula el demandante sea una simple condición indispensable para la obtención de su verdadero propósito que es el restablecimiento de un derecho subjetivo personal; en este evento la acción caduca en cuatro meses contados en la forma prescrita por el artículo 136 inciso 2° del C. C. A.,

3. Que la declaración de nulidad del acto condicione idéntica declaración respecto del contrato, en cuyo caso la acción pertinente es la del artículo 87 del C. C. A., que tiene previsto un término de caducidad de dos años a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

Si se analiza lo anterior, a través de la acción relativa a controversias contractuales pueden lograrse las mismas declaraciones. Lo que sí se limita es la legitimación para demandar tales actos, así como la caducidad de la acción y el momento desde el cual puede demandarse.

Es importante sin embargo mirar como en 1990 la sección tercera del Consejo de Estado²⁷ cuando se demandó un acto que resolvía una petición elevada con posterioridad a la liquidación del contrato, y a través de la cual se pretendía obtener el reconocimiento de una mayor cantidad de obra efectuada y de la cual no se hizo reserva alguna en el acta de liquidación del contrato, se intenta tal y como lo afirma el demandante "... como se trata del ejercicio de la acción del (sic) restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A., y especialmente de la contenida en el artículo 87, pues la responsabilidad de la Administración Pública proviene de un contrato (sic)...".

.....

26. Consejo de Estado, Sentencia de octubre 23 de 1992, sección tercera, Exp. 5580, ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

27. Consejo de Estado, Sentencia de diciembre 6 de 1990, sección tercera, Exp.1660, ponente: Carlos Gustavo Arrieta Padilla, actor: Octavio Giraldo Ramírez.

Se afirma en dicho fallo que se trata de un acto diferente a aquellos contractuales pero sin ser separable ya que no pertenece a la etapa precontractual, que no tiene que ver con el contrato por estar éste ya liquidado. Dicha afirmación es cuestionable, pero la conclusión está en que debe ser impugnabile a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que el contrato ya está liquidado. Se afirmaba que la comparación era tan sólo para buscar la legalidad con las normas y no con el pliego de condiciones por no ser un acto contractual. El pliego de condiciones es la norma del contrato que debe reflejar el interés público por lo que sí puede ser objeto de verificación inclusive así se haya terminado el contrato con respecto a actos que tengan relación con éste.

El fallo aquí analizado es criticable desde varios puntos de vista pero tan sólo hago referencia a éste para aclarar cómo a través de las acciones de anulación como a través de la acción contractual se pueden obtener las mismas declaraciones, variando eso si, la legitimación y la caducidad.

Es menester sin embargo al mencionar la caducidad afirmar que dada las diferentes interpretaciones que se dieron en torno al capítulo V. de la Ley 80 sobre la Responsabilidad Contractual existía una controversia respecto de la caducidad de esta acción. En un primer momento se sostuvo que la caducidad del artículo 136 había sido derogada por la Ley 80 al haberse establecido una prescripción de 20 años. Posteriormente el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto aclarando que la caducidad de la acción seguía siendo de dos años²⁸ y que ésta contaba a partir de los fundamentos de hecho o de derecho que soportaran la reclamación. La controversia fue definitivamente cerrada por la Ley 446 cuando se reafirma que la caducidad de la acción es de dos años contados a partir de los fundamentos de hecho o de derecho que soportan la reclamación.

Es importante afirmar que en Colombia luego del auto de octubre 1° de 1986 de Carlos Betancur Jaramillo, ya referido, sólo habría posibilidad de hablar de actos separables en la etapa precontractual, es decir de conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 hasta la adjudicación del contrato. Es esta la teoría a la que retornamos en mi opinión, con la modificación del artículo 87 del C. C. A. introducida por la Ley 446. En efecto se establece que los actos administrativos previos a la celebración del contrato son impugnables a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

.....

28. Consejo de Estado, sección tercera, octubre 9 de 1997, Exp. 13.782; ponente: doctor Daniel Suárez Hernández. En igual sentido, Consejo de Estado, sección tercera, marzo 26 de 1998, Exp. 14.468; ponente: Jesús María Carrillo.

Finalmente nos quedaría por analizar el auto de marzo 10 de 1994 mediante el cual el Consejo de Estado²⁹. resolvió el recurso de súplica interpuesto contra el auto inadmisorio de enero 17 de 1994.

b. Auto de marzo 10 de 1994, Sección Tercera, Exp. 9118, ponente:
Juan de Dios Montes

Esta providencia resuelve el recurso de súplica interpuesto por el demandante y el agente del Ministerio Público contra el auto de enero 17 de 1994 mediante el cual se inadmitió la demanda contra el pliego de condiciones de la licitación de telefonía celular.

Esta providencia analiza varios aspectos por lo que sólo nos detendremos en lo relativo al tema que nos ocupa.

Control jurisdiccional de los actos contractuales:

Bajo este nombre inicia el análisis de la evolución de los medios para llevar a cabo la impugnación de aquellos actos que tienen lugar en el procedimiento contractual. Hace referencia histórica a lo que fue la Ley 167 de 1941 así como al Decreto 528 de 1964 al analizar la jurisdicción competente para conocer de estas controversias. Al mencionar la Ley 19 de 1982 aduce que fue en su artículo 3° donde se previó la existencia de actos administrativos en la formación y adjudicación de los contratos. Afirma entonces que para esta época simplemente se había reconocido legalmente la existencia de este tipo de actos. Con la expedición del Decreto 01 de 1984 se inicia la confusión, según dicha providencia, toda vez que se distingue entre la acción oponible a los separables y aquella oponible a los no-separables.

Hace referencia a la evolución de la teoría cuyos lineamientos he expuesto en las páginas precedentes, para llegar al punto en que se establece, octubre 1° de 1986, los actos separables sólo son aquellos que se dan en la etapa precontractual. Con la expedición del 2304 y al desaparecer la mención de los actos separables y su limitación en el tiempo para presentar demanda contra éstos, la jurisprudencia admitió que se impugnarán desde antes de la liquidación del contrato dichos actos, obviamente dentro del término de caducidad de la acción respectiva. Es importante mencionar aquí cómo se refiere a que dichos actos podían ser impugnados a través de dos vías:

“... Los actos separables (vale decir los precontractuales), se podían cuestionar, bien con independencia del contrato, a través de las acciones previstas por los ar-

.....

29. Consejo de Estado, Auto de marzo 10 de 1994, sección tercera, Exp. 9118, ponente: Juan de Dios Montes, actor: Antonio de Irisarri.

títulos 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 de contractual”.

En este momento inicia el análisis de la Ley 80 y retoma la posición planteada por Betancur en el auto de enero 17 con respecto al carácter de contractual de todos los actos que se profieran en la actividad contractual. Define eso sí, que la actividad contractual no es sólo aquella que tiene que ver con la ejecución del contrato sino así mismo la que toca el proceso de selección del contratista.

Concluye que los actos contractuales de la actividad contractual tienen exclusivamente dos medios de control jurisdiccional, el artículo 77 y el 45 de la Ley 80. La acción relativa a controversias contractuales o la de nulidad absoluta del contrato. Están excluidos aquellos actos como la adjudicación, la declaratoria de desierta, la calificación y clasificación de proponentes inscritos en Cámaras de Comercio, que por así haberlo querido el legislador es posible impugnarse a través de otras vías diferentes a la acción contractual.

Siendo la acción contractual la procedente ésta sólo podrá intentarse una vez esté perfeccionado el contrato. Afirma la providencia, que esta limitación no es nueva en el derecho colombiano toda vez que el Decreto 01 de 1984 inclusive la llevaba hasta la liquidación.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto tenemos que con estas dos providencias se interpretó que los únicos actos separables en virtud de lo establecido en la Ley 80 eran la adjudicación, la declaratoria de desierta y la impugnación de la calificación y clasificación de los registros de proponentes en las Cámaras de Comercio. Dichos actos eran separables en razón a que contra ellos era procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho exceptuándose así de la regla general consagrada en el artículo 77 del estatuto contractual.

La anterior posición fue reiterada en varias ocasiones por parte del Consejo de Estado. En auto de febrero de 1995, la sección tercera a propósito de una acción que se intentó contra el acto que acogió el orden de elegibilidad de los proponentes en la licitación de termobarranquilla, afirmó que esta acción era procedente ya que el acto impugnado era asimilable, o mejor, era equivalente a la adjudicación y que en virtud de lo establecido en la Ley 80 se trataba de uno de esos tres actos separables mencionado por ésta.

Todo lo anterior fue definitivamente reiterado en la sentencia que se profirió dentro del proceso en el que se dictaron los dos autos que venimos de analizar con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque³⁰.

.....

30. Consejo de Estado, sección tercera, sentencia, septiembre 18 de 1997; Exp. 9118; ponente: doctor Ricardo Hoyos Duque.

La interpretación jurisprudencial respecto de los actos separables trajo varios problemas que en mi opinión explican la reforma introducida en la Ley 446. Veamos la evolución jurisprudencial posterior para llegar hasta julio de 1998 cuando en mi opinión regresamos a la posición acogida por el auto de octubre 1° de 1986.

C. Pronunciamientos posteriores

a) Corte Constitucional, T- 147 de abril 17 de 1996. Magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz

Esta providencia intentó resolver el conflicto que se presentó con razón a la consagración de una ventaja dada a todos los proponentes que hubiesen nacido en un municipio respecto de los que no fueren oriundos de éste. Dicha norma fue considerada por uno de los proponentes como violatoria de la igualdad de los proponentes y por ende violatoria de la ley. Teniendo en cuenta que con la interpretación de la jurisprudencia contencioso-administrativa, la única vía que tenía era la demanda de la adjudicación o posteriormente del contrato por la vía de la acción pública de nulidad absoluta del contrato, decide en aras de evitar que se le cause un perjuicio irremediable intentar la acción de tutela.

Tanto en primera como en segunda instancia es negada su solicitud con razón a la existencia de otro medio judicial. Finalmente la Corte Constitucional al revisar la tutela, acoge la interpretación de los actos separables hecha por el Consejo de Estado. Sin embargo, dicha decisión la coloca en una posición muy complicada ya que se da cuenta que el proponente cuando está frente a un pliego que viola sus derechos pareciera no tener acción a interponer para evitar que se le produzca un perjuicio. En consecuencia afirma que en estos casos el proponente, en armonía con la teoría que venía de acoger, debía esperar a la adjudicación y que en este momento podía interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de suspensión provisional, con lo cual intentaba evitar que se le consolidara el perjuicio. El problema práctico que no tuvo en cuenta esta providencia es que la suspensión provisional por lo general no va a ser procedente ya que cuando ésta se intente, en la mayoría de los casos no podrá decretarse ya que el acto que busca suspender ya habrá sido ejecutado con razón a que el contrato ya estará suscrito.

Finalmente afirmó la Corte Constitucional, que en los casos en que el camino descrito no permitiese una protección efectiva era procedente la tutela. Con esta decisión no sólo evidenció que la teoría de los actos separables tal y como había sido desarrollada por el Consejo de Estado generaba un límite al derecho de los particulares que veían violados sus derechos en las etapas previas al contrato, sino que abrió por la vía de la tutela un hueco inmenso que afortunadamente no ha sido muy utilizado. Dicho hueco permite la impugnación por la vía de la tutela de los

procesos de selección de los contratistas. En la Guajira, mediante una tutela interpuesta por un proponente que no había resultado adjudicatario de una licitación de obra pública, cuando esta obra se estaba ejecutando, el Tribunal Superior de Riohacha ordenó la suspensión de la ejecución del contrato por considerar que en el proceso de selección habría podido existir alguna irregularidad que afectaba el derecho del tutelante. Afortunadamente la suspensión del contrato fue corta ya que en segunda instancia la Corte Suprema de Justicia revocó dicha providencia por existir otro medio de defensa.

b) AUTO DE AGOSTO 6 DE 1997, Consejo de Estado, Sección tercera; Exp. 13.495; Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Soc. Tolimense de Ingenieros

Constituye éste el preámbulo de lo que la Ley 446 vino a modificar. En este auto se afirma que el acto mediante el cual se ordena abrir una licitación es susceptible de ser impugnado a través de la acción de nulidad simple. Lo anterior no es otra cosa que establecer un nuevo acto separable distinto a los tres que habíamos mencionado.

3. Los actos separables en la Ley 446 de 1998

Luego de toda esta evolución llegamos a la modificación introducida al artículo 87 del C. C. A. donde se consagra que los actos previos a la celebración del contrato serán impugnables a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo estableció dicha norma una caducidad especial de 30 días dentro de los cuales son impugnables dichos actos. La primera pregunta que surge es si estamos en presencia de la primera consagración de caducidad de una acción de nulidad simple, acción que habíamos aprendido que se caracterizaba por no tener caducidad. Aunque suena extraño a lo establecido en nuestro ordenamiento, en derecho francés, el recurso por exceso de poder tiene un tiempo limitado para ser interpuesto. Un límite de este estilo lo que busca es otorgar seguridad jurídica al proceso contractual. En mi opinión, por la redacción de la norma, la caducidad es aplicable tanto para la acción de nulidad simple como para la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior cobra más fuerza cuando constatamos que la misma norma establece que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos no podrá invocarse como causal de nulidad absoluta del contrato. Adicionalmente el hecho de establecer, sin necesidad ya que es regla general en materia contenciosa, que la interposición de las acciones contra los actos previos a la celebración del contrato no interrumpen el proceso licitatorio ni la celebración y ejecución del contrato.

De lo anterior tenemos que todos los actos previos a la celebración del contrato son impugnables a través de las acciones de anulación. Dichas acciones podrán ser interpuestas dentro de los treinta días siguientes a su notificación o publicación o en todo caso antes de que se celebre el respectivo contrato ya que de celebrarse éste tan sólo podrá ser alegada la ilegalidad de estos actos como fundamento de una acción pública de nulidad absoluta del contrato.

Del análisis que venimos de presentar tenemos que hemos regresado a la interpretación de la teoría de los actos separables expuesta en el auto de octubre 1° de 1986 que no es otra que la misma teoría del acto separable en materia contractual del derecho francés.

4. Las acciones procedentes una vez suscrito el contrato

Del análisis anterior tenemos claro el panorama de los medios de impugnación que se pueden utilizar con anterioridad a la suscripción del contrato. Sin embargo una vez suscrito el contrato nos encontramos frente a la existencia de la acción conocida como la de *controversias contractuales*, la *acción de nulidad absoluta del contrato* y finalmente frente a las acciones *ejecutivas* derivadas de un contrato estatal.

a. Acción de controversias contractuales

Esta acción que con anterioridad a la Ley 446 estaba abierta a las partes del contrato, al ministerio público y a los terceros directamente interesados hoy en día está limitada exclusivamente a las partes del contrato. La intervención de terceros que demuestren interés directo así como del ministerio público quedó establecida exclusivamente para la acción de nulidad absoluta del contrato que analizaremos después de ésta.

Con la limitación frente a la legitimación, la caducidad de la acción sigue siendo de dos años contados a partir de los motivos de hecho o de derecho en que se soporta la reclamación. El artículo 136 del C. C. A. tal y como fue reformado lo que trae es una descripción de cuál es el momento en que se presenta el fundamento de hecho o de derecho dependiendo del tipo de contrato frente al cual estemos, así:

Cuando se trata de contratos de ejecución instantánea la impugnación debe hacerse a más tardar dentro de los dos años siguientes al momento en que se cumplió la prestación o cuando se debió cumplir ésta.

Cuando se trata de contratos que no requieren liquidación ésta deberá intentarse a más tardar dentro de los dos años siguientes a la terminación del plazo del contra-

to. Se introduce aquí un punto que pareciera haber sido olvidado al interior de la administración pública. Es el relativo a que no todos los contratos requieren liquidación como equivocadamente se cree en la mayoría de entidades públicas.

En el caso en se requiera liquidación hay que distinguir si se trata de liquidación de mutuo acuerdo o liquidación unilateral:

– Liquidación de mutuo acuerdo: en este caso deberá demandarse a más tardar dentro de los dos años contados desde la firma de la respectiva acta.

– Liquidación unilateral: en este caso debe acudir al juez a más tardar dentro de los dos años contados a partir de la ejecutoria del acto que la apruebe.

En los casos en que la administración no procediera a su liquidación unilateral dentro del plazo de dos meses siguientes al vencimiento del plazo o dentro del término contractual establecido para ello, el contratista podrá acudir a más tardar dentro de los dos años siguientes al momento en que se debió liquidar.

En este punto vale la pena resaltar la contradicción existente entre esta norma que habla de los dos meses para liquidar unilateralmente y el artículo 60 de la Ley 80 que habla de cuatro meses después de la terminación del contrato.

De otra parte es importante resaltar cómo la norma tal y como se consagró corresponde a la decisión contenida en auto de abril 18 de 1997 cuando se hizo la distinción respecto del momento a partir del cual debía contarse la caducidad dependiendo del tipo del contrato³¹.

Adicionalmente la norma ofrece confusión ya que puede darse para un contrato varios de los numerales descritos no pudiéndose determinar a través de qué norma se regulará la caducidad.

Finalmente habría que decir que frente a las pretensiones que se pueden lograr a través de esta acción nada cambia con la reforma. En nuestra opinión, tal y como lo manifestamos previamente en este estudio, la acción de controversias contractuales constituye un gran rótulo dentro del cual se llevan a cabo diferentes tipos de procesos que podrían ser aquellos propios de acciones de anulación o de reparación directa, pero que por tratarse de actos o hechos ocurridos dentro de la actividad contractual se tramitan a través de esta acción. En otras palabras, a pesar de denominarse acción contractual, lo que el juez termina haciendo cuando se trata de juzgamiento de actos administrativos corresponde al mismo proceso que haría en una acción de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho. Cuando

.....

31. Consejo de Estado, sección tercera, abril 18 de 1997; Exp. 11.732, ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo.

se trata de restablecimiento de equilibrio económico del contrato o de reconocimiento de indemnizaciones, el proceso corresponde al que habría recorrido si se tratara de una acción de reparación directa.

b. Acción de nulidad absoluta del contrato

Esta acción que constituye aporte de la Ley 80 de 1993 está clasificada como acción pública de nulidad absoluta del contrato. Dicho carácter había sido dado a partir del hecho que su legitimación era genérica, es decir, podía ser interpuesta, por las partes, el ministerio público, el juez de oficio, o cualquier persona. Nada se había dicho respecto de su caducidad por lo que se afirmaba que debía regularse por la prescripción extraordinaria (20 años). Con su interposición no era posible buscar declaraciones consecuenciales toda vez que se trata de una acción que busca salvaguardar la legalidad objetivamente considerada.

Con la modificación de la Ley 446 la acción se restringió a las partes del contrato, al ministerio público, a los terceros con interés directo y al juez quien podrá decretarla de oficio cuando aparezca plenamente probada dentro del proceso. Habría que concluir inequívocamente que se modificó el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en cuanto a que ya el concepto de cualquier persona desapareció para darle paso al de tercero que demuestre interés directo. En nuestra opinión la prueba del interés será de carácter subjetivo y se podrá prestar para confusiones. Lo que constituyó un ejemplo más del papel preponderante que se le dio al control ciudadano frente a la actividad contractual de la administración o se ve matizado por una norma de carácter procesal hasta el punto que desaparecería la característica de pública que se le había dado a la acción.

Su procedencia está limitada a que se configuren las causales de nulidad absoluta del contrato establecidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Este artículo por su parte remite a las causales genéricas de nulidad de los contratos por lo que habría que incluir además del listado del artículo 44 las consagradas en otras normas.

En cuanto a la caducidad, el artículo 136 del C. C. A. tal y como quedó con la modificación establece que ésta será de dos años contados a partir del perfeccionamiento del contrato en los contratos de cuyo plazo sea hasta de dos años. En los que sea mayor el término de caducidad será igual a la duración del contrato siempre que su duración no sea superior a cinco años. En este último caso la acción se podrá interponer dentro de los cinco años siguientes a su perfeccionamiento.

c. Acciones ejecutivas

A partir de la interpretación del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 se concluyó que los procesos ejecutivos que surjan a partir de los contratos estatales están atribuidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo³².

Tal y como lo estableció el Consejo de Estado, la novedad consiste en la atribución de la competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ya que el trámite de estos procesos seguirá regulado por lo previsto en el Código de Procedimiento Civil para las ejecuciones de mayor cuantía.

En consecuencia es claro que la jurisdicción es competente siempre que se trate de procesos de ejecución derivados de contratos estatales siempre que el ejecutante pruebe que su crédito se origina en dicha categoría contractual. Lo anterior implica que para su procedencia se estará frente a un título ejecutivo complejo, en el cual necesariamente hará parte el contrato estatal. Con fundamento en lo anterior, en casos en que esté frente a títulos ejecutivos autónomos la jurisdicción de lo contencioso administrativo se declarará incompetente y remitirá a la jurisdicción ordinaria³³.

En términos generales podríamos afirmar que la presentación que venimos de realizar es una muestra del esquema contencioso contractual. Como puede verse, es un esquema complejo que puede conllevar por este hecho a que el particular no encuentre una vía fácil y adecuada para hacer valer sus derechos. Lo anterior contradice la esencia de uno de los pilares del estado social de derecho, esto es, la posibilidad de obtener una pronta y eficaz justicia que garantice la efectividad de sus derechos. En consecuencia los procedimientos deben ser lo más simple posible para así garantizar un acceso adecuado a la administración de justicia.

Consideración final

En nuestra opinión ésta no podría ser distinta al llamado urgente a la simplificación de los procedimientos ante la justicia. Debemos propugnar como ya algunos lo han sugerido, por la dualidad de acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia.

.....

32. Consejo de Estado, Sala Plena, Exp.: 414, noviembre 29 de 1994, ponente: doctor Guillermo Chahín, actor: Rigoberto Arenas).

33. Consejo de Estado, sección tercera, Exp. 14.664, junio 4 de 1998; ponente: doctor Jesús María Carrillo, actor: Electrificadora de Santander.

Consideramos que un premio para el lector del presente escrito que ha logrado llegar hasta este punto, es la promesa del autor de un compromiso hacia el logro de la simplificación de los procedimientos, ya que de no lograrlo la justicia no será eficaz ni mucho menos objetiva, transparente y cercana a los individuos, que desde los primeros filósofos de la historia de la humanidad se ha tratado de reivindicar.

Lo anterior también podrá evitarle el sufrimiento de tener que atravesar las profundidades procesales de este escrito, en una nueva ocasión.

Para concluir consideramos importante recordar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Nacional, que las formas que no constituyen el mecanismo de exteriorización de una garantía sustancial sino que por el contrario se explican en sí mismas, deben desaparecer para darle paso a la justicia material. □

Noviembre 17 de 1998

