

Dificultades relativas al control jurisdiccional de la actividad contractual del Estado. ¿Dónde está la bola?, ¿dónde está la bolita?

Difficulties related to the jurisdictional control of the state's contractual activity: where is the ball? Where is the little ball?

Resumen

A lo largo de su historia, el curso del control de la actividad contractual del Estado ha pasado del juez ordinario al juez de lo contencioso administrativo, en especial durante la década del sesenta, con el Decreto 528 de 1964 y que se consolidó con el Código Contencioso Administrativo 3 (CCA-3) adoptado en 1984. Esta codificación causó los problemas actuales de la Jurisdicción Administrativa colombiana y los derechos de los administrados. Este análisis, que abarca desde 1913 hasta nuestros días, expone el grave problema en el derecho contencioso administrativo: el de las dificultades en la protección efectiva de los derechos por el hecho de los obstáculos ligados a la cantidad de vías contenciosas administrativas existentes que persiguen casi los mismos fines. Esto termina, con frecuencia, en la declaración de la indebida escogencia de la acción como una excepción procesal preocupante, que afecta gravemente el derecho de acceso a la justicia y de protección efectiva de derechos.

Palabras clave: contrato estatal, actividad contractual, control del contrato, imposibilidad de control, acto administrativo contractual, pretensiones contractuales.

Abstract

Throughout its history, the course of control of the contractual activity of the state has passed from the ordinary judge to the contentious-administrative judge, especially during the sixties, with decree-law 528 of 1964, and consolidating with the CCA-3 adopted in 1984. Codification that caused the current problems that affect

Autor

Carlos Mario Dávila

Profesor programa de Derecho, Universidad Central. Doctor en Derecho administrativo.
cdavilas@ucentral.edu.co

Cómo citar este artículo:

Dávila, C. (2024). Dificultades relativas al control de la actividad contractual del estado ¿Dónde está la bola?, ¿dónde está la bolita? *Visiones*, 7, 18-35.

the Colombian administrative jurisdiction and the rights of the administered. This analysis made from 1913 to the present day shows the serious problem in contentious administrative law: that of the effective protection of rights due to the obstacles linked to the number of existing contentious administrative channels that pursue almost the same purposes. This frequently ends in the declaration of the undue choice of the action as a worrying procedural exception, that seriously affects the right of access to justice and effective protection of rights.

Keywords: Public contract law, contractual activity, judicial review of the contract, impossibility of judicial review, administrative act in public contract law, contractual claims.

Introducción

“Si estás decidido por el derecho administrativo, al menos presta atención a esto: no hay estudio más apto para estrechar y falsificar la mente que el de lo que se llama el derecho administrativo. Todos los autores que han escrito sobre este tema, incluso los más célebres, han sido o son aún espíritus poco elevados [...]. Entre ellos hay hábiles comentaristas, distinguidos abogados, notables escritores; no hay un publicista”. (Tocqueville, 1866, p. 315)

La acción interpuesta para exigir la pensión por muerte de un hijo o cónyuge durante la Guerra de los Mil Días y los asuntos por pensiones otorgadas a los hijos de los próceres de la Independencia de Colombia eran de competencia del Consejo de Estado. Se trataba de una especie de proceso declarativo; por eso, no era necesario acudir a la Administración, bastaba con presentar la demanda ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo. La jurisdicción naciente era un administrador-juez, llamado a entregar una suma cuyo monto había fijado previamente.¹ Por lo tanto, en esos asuntos se trataba claramente de asuntos administrativos. Estas prestaciones podían reconocerse directamente por el correspondiente ministerio. Sin embargo, la ley quiso encomendar esta competencia al naciente Consejo de Estado colombiano, con el fin de tratar mejor los casos y proponer una solución sustantiva en derecho.

El artículo 37 del Código Fiscal de la época (Ley 110 de 1912) obligaba al Consejo de Estado colombiano a revisar los contratos suscritos por el Gobierno Nacional. Aunque se trata de conceptos sobre el cumplimiento de estos contratos, dichos conceptos de cumplimiento se proferían por la Sala de lo Contencioso y no por la Sala de Asuntos Generales. Asimismo, las cláusulas excepcionales de un contrato público

¹ Sobre el tema de recompensar a los hijos de los combatientes en la Guerra de los Mil Días, ver Consejo de Estado 19 de enero de 1915) y para las pensiones de Guerra de los Mil Días, ver Consejo de Estado (16 de febrero de 1915).

se regían por el par. 3 del artículo 41 del código citado.² En Colombia, como en Francia (Di Francesco, 2018, p. 354),³ todos los actos administrativos generales están controlados judicialmente, ya sea por la acción de nulidad simple o por la de nulidad y restablecimiento del derecho. Pero, como lo ha sostenido la doctrina, “su sometimiento al derecho administrativo ante el juez administrativo siempre ha implicado el riesgo de asfixiar el elemento contractual por un elemento de unilateralidad rompiendo los conceptos de voluntad e igualdad” (Drago, 1990, p. 117). Este control del contrato siempre ha sido problemático, tanto desde el punto de vista formal como material. No se acepta el control por un juez distinto al contencioso administrativo. El corolario de todo esto es la necesidad de estudiar la formación del control del contrato público.

En el siglo XIX, y hasta la primera mitad del XX, el control de la actividad contractual del Estado correspondía a la Justicia Ordinaria. Después de 1941, para Carlos H. Pareja, cuando se trataba de un contrato suscrito con un particular era necesario analizar dos cosas: i) el objeto del contrato, y ii) la naturaleza del contrato. Si después de revisar estos dos elementos, se observa que está directamente vinculado con el servicio público, el acto se convierte en administrativo y entra a ser competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Pareja, 1939, p. 356).⁴ Sin embargo, la Ley 130 de 1913 (Código Contencioso Administrativo 1, en adelante CCA-1) excluía del conocimiento de esta jurisdicción los contratos suscritos en nombre del Estado, cuya competencia era de la Justicia Ordinaria (Pareja, 1939, p. 365). Para este autor, los principios que rigen los contratos privados no suelen ser aplicables a los contratos de la Administración porque contienen un elemento importante por seguir: el servicio público (Pareja, 1939, p. 382).⁵ Así, lo que caracteriza al contrato público es su vínculo con el régimen del servicio público (Pareja, 1939, p. 382).⁶ En definitiva,

² La Ley 53 de 1909, art. 4, consagró la cláusula penal pecuniaria para los contratos suscritos por el Estado, especialmente los de obra.

³ Aunque este autor pugna por la creación de un recurso especial de control de los actos administrativos reglamentarios.

⁴ “El criterio, pues, puede resumirse así: cuando se trata de un acto o contrato en que un particular interviene con la Administración, es indispensable estudiar: 1. el objeto del contrato, 2. la naturaleza del contrato; los dos elementos reunidos, si interesan directamente al servicio público y establecen algún contacto entre el particular y el servicio, definen el acto como administrativo y obligan la competencia de los jueces administrativos”.

⁵ “Los principios [...] dominantes en la teoría de los contratos comunes del Estado, sufren profundas y esenciales modificaciones en relación con los contratos administrativos, lo cual se explica porque en los civiles no hay un elemento que está en la base de los administrativos: el servicio público”.

⁶ “Lo que caracteriza esencialmente al contrato administrativo es su vinculación al interés público, la conexión que establece con el servicio público y su sometimiento a un régimen especial de derecho administrativo”.

la diferencia entre los contratos de derecho privado celebrados por el Estado y los contratos administrativos ya era conocida en Colombia y estaba consagrada en el artículo 120.16 de la Constitución de 1886 (Pareja, 1939, p. 366).

Hasta 1941, este control pertenecía a la Jurisdicción Ordinaria, y en particular a la Justicia Civil, al frente de la cual se encuentra la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia del 28 de marzo de 1941, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema se declaró incompetente para conocer de la demanda de un maestro de escuela primaria pública que buscaba el pago de sus prestaciones sociales (Consejo de Estado, 1941).⁷ Citando a los autores Appleton y Hauriou, y apoyándose en el artículo 4 de la Ley 80 de 1935, que regula la acción privada de lo contencioso administrativo, la Corte sostuvo que la competencia para este tipo de casos recaía en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Esta posición se tomó nueve meses antes de la entrada en vigor del segundo Código Contencioso Administrativo (CCA-2)⁸, que ya otorgaba esta competencia a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Consejo de Estado, 1936).⁹ Este control se consolidó con el artículo 30 del Decreto 528 de 1964, que modificó el CCA-2. En los artículos 30 y 32, esta norma establece la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Contenciosos Administrativos para conocer acerca de las controversias contractuales públicas. La denominación de “controversias” se dio para evitar confusiones con la competencia de la ya existente jurisdicción contenciosa administrativa para conocer y aprobar los contratos celebrados por el Estado (Betancur Jaramillo, 2013, p. 88; Luna Benítez, 1981, p. 209). Este mismo decreto¹⁰ zanja la situación al asignar definitivamente las controversias relativas a los contratos del Estado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.¹¹ Ahora, será el

⁷ La Corte también considera que se ha ampliado la órbita de la jurisdicción de derecho administrativo. Los casos que antes eran de competencia del juez civil ahora son responsabilidad de los jueces administrativos.

⁸ El CCA-2 data del 24 de diciembre de 194 y entró en vigor el 1 de abril de 1942, art. 285.

⁹ En este caso relativo a un contrato suscrito por la administración departamental, la Corte consideró que el contrato no existía porque no había sido revisado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Medellín, como lo exige la Ley 130 de 1913 (CCA-1, art. 42). Era una especie de revisión inversa, en la que la jurisdicción contenciosa administrativa debía aprobar los contratos suscritos por la Administración. ¡Se necesitaron veinte años para resolver este caso!

¹⁰ Arts. 32.1.a. y 32.2.c.

¹¹ Luna Benítez nos dice que “[l]a presión de los publicistas llevó en 1964 a que se estableciera la idea de la dualidad de los contratos de la Administración y a la devolución al juez administrativo de aquellos ‘administrativos’. Esta reforma, al no haber precisado cuál es el régimen de esta última, que solo excepcionalmente existe en los textos, se ha interpretado en el reconocimiento de la potestad del juez administrativo para elaborarla en forma pretoriana” (1970, p. 6).

Código Contencioso Administrativo de 1984 (en adelante CCA-3) el que otorgue el nivel de acción autónoma frente a las controversias contractuales.¹² En efecto, el artículo 87 del CCA-3 creó explícitamente este recurso como una acción independiente, dotada de norma propia, y no lo considera únicamente como competencia. En cuanto a la Ley 80 de 1993, artículo 1, cabe decir que esta eliminó la diferencia entre los contratos públicos y dejó el contrato estatal como categoría única.

Control de los actos administrativos relacionados con el contrato público

Al comenzar la etapa de planeación del contrato, deben expedirse actos administrativos y, de esta manera, quedan sujetos a control judicial. Asimismo, después de la firma del contrato estatal, hasta su liquidación, existen actos administrativos de carácter particular que pueden ser objeto de un litigio. Este tipo de confusión causa la denegación de justicia en el derecho colombiano, pues muchas veces el juez contencioso administrativo no tiene claro qué tratamiento debe ejecutar. Considera el juez, en ocasiones, que la demanda correcta es la de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que en otras opta por controversias contractuales, nulidad simple o reparación directa. Por ello, es importante preguntarse sobre la suerte judicial de los actos administrativos expedidos durante la fase precontractual, así como los de la etapa poscontractual.

Privilegio de lo previo y control de los actos precontractuales en la contratación estatal

La regla general sobre el control de los actos relacionados con la actividad contractual está contenida en el art. 77, inc. 2, de la Ley 80 de 1993:

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

Asimismo, el art. 14, núm. 1, inc. 3, de la Ley 80 establece que:

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista,

¹² Como se ha dicho, a partir de este código del 84 nace la confusión total en el contencioso administrativo colombiano y toma el camino hacia la denegación de justicia.

según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

Es importante recordar que el recurso de reposición no es obligatorio para concluir en debida forma el procedimiento administrativo.¹³ Si se interpone el recurso de gracia o reposición, establecido por el Estatuto General de la Contratación Pública colombiana, aunque no sea necesario, se deberá esperar respuesta, so pena de rechazo de la demanda o de denegación final de las pretensiones en la sentencia. Además, con la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), artículo 163, inc. 1,¹⁴ si hay dos actos administrativos, no es necesario demandarlos, solo basta atacar el primero.¹⁵

Corresponde ahora abordar la noción de acto previo en la actividad contractual, y la problemática actual del control de este tipo de actos administrativos.

Control de actos separables una vez firmado o celebrado el contrato estatal

Según lo que acaba de exponerse, se tiene la nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad simple e incluso la reparación directa para los actos previos al contrato. Conviene precisar que, una vez celebrado el contrato, si una de las partes o un tercero interesado o el Ministerio público (estos solo pidiendo la nulidad absoluta) desea demandar, la acción utilizada debe ser la contractual. No se puede entonces acudir a nulidad simple, ni a nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, si el contrato ya se firmó o se celebró, lo procedente no es la nulidad y restablecimiento del derecho, como se creía antes, sino las controversias contractuales. Esto desde la entrada en vigor de la Ley 448 de 1998, que reformó varios asuntos en el contencioso administrativo. Esta tesis ha sido confirmada por la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa (Consejo de Estado, 2018).

El comienzo del problema del control de los actos separables del contrato estatal

En el pasado, la jurisprudencia ha dado luz sobre la cuestión del control judicial de los actos anteriores a la firma del contrato. Ellos

¹³ Conocido anteriormente en el derecho administrativo colombiano como “vía gubernativa”.

¹⁴ “Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron”.

¹⁵ Antes de 2012 la posición era que si se demandaba solo el primer acto administrativo producido, permanecía en vigor el que resolvía el recurso; lo que significaba que la nulidad del primero no sacaba de la vida jurídica al segundo acto administrativo, pues el último se mantenía y continuaba produciendo sus efectos normales (ver, sobre esta posición, por ejemplo: Consejo de Estado, 2004).

pueden impugnarse mediante recurso de reposición ante la entidad misma o mediante recursos contencioso-administrativos, como el de nulidad simple y el de restablecimiento del derecho (Consejo de Estado, 7 de febrero de 2002).¹⁶ Por ejemplo, para el acto de apertura del proceso de selección de contratista, que es un acto administrativo demandable ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dado su alcance general, el medio de control que debe utilizarse es el de nulidad simple (Consejo de Estado, 6 de agosto de 1997; Consejo de Estado, 2000). Ciertos actos de carácter general anteriores a la adjudicación del contrato, es decir, al inicio de la actividad contractual, también pueden demandarse mediante la acción de nulidad simple (ver CPACA, art. 137).

La expresión “actividad contractual” designa, en sentido estricto, los actos llevados a cabo después de la celebración del contrato y antes de su liquidación (Consejo de Estado, 18 de septiembre de 1997). En cuanto a la declaración de un proceso de selección como desierto, la jurisprudencia ha indicado que no se trata de un acto anterior; en consecuencia, no puede acudirse al antiguo plazo de treinta días, sino al de cuatro meses de la nulidad y restablecimiento del derecho. El Consejo de Estado colombiano conceptuaba anteriormente que con este acto de declaratoria de desierto del proceso de selección, el contrato no podía celebrarse pues no se daban los supuestos sobre los que el contratista había optado por proceder. En consecuencia, no se trata de un acto administrativo previo al contrato, ya que este último no se celebró (Consejo de Estado, 2003), sino que se estaba en presencia de un acto administrativo normal o corriente. En la actualidad, la jurisprudencia ha cambiado de posición y sostiene que el acto de declaración de un proceso de selección como desierto es un acto previo al contrato (Consejo de Estado, 12 de febrero 2014). Sin embargo, esta discusión no tiene relevancia desde la entrada en vigor del actual CPACA, que unificó el plazo en cuatro meses para todos los casos y que suprimió el antiguo plazo de treinta días (CPACA art. 162.2.c).

Controversias en torno al control de los actos administrativos pos-contractuales

Así como existen dificultades de acceso a la justicia para controlar los actos precontractuales, los obstáculos también se perciben durante la fase pos-contractual. En la historia del contencioso administrativo colombiano, el juez ha aceptado, en algunos casos, una vía determinada como la procedente para demandar este tipo de actos (la nulidad y restablecimiento del derecho), y en otros casos ha optado por una posibilidad más abierta (la reparación directa). Esta situación se analizará

¹⁶ Tesis confirmada por el mismo Consejo en la sentencia referenciada de 2011.

con dos ejemplos concretos: el de la reparación por la adjudicación indebida de un contrato estatal y el de los actos que siguen a la etapa de liquidación del contrato público.

Reparación por adjudicación indebida del contrato estatal

Esta figura procede cuando el demandante afectado comprueba que se ha adjudicado un contrato estatal a otra persona que tiene requisitos inferiores a los propuestos por el afectado. En este caso, la jurisprudencia ha establecido que no solo había que probar la nulidad del acto (es decir, que los cargos de nulidad son admisibles), sino que además su oferta respondía mejor a los intereses de la entidad pública (Consejo de Estado, 27 de noviembre de 2002; Consejo de Estado, 12 de noviembre de 2014). Ahora, lo que recibirá el demandante es el pago de la utilidad en forma de lucro cesante cierto. Antes de esta posición, solo se indemnizaba una parte de la utilidad, ya que se consideraba que el contratista, posiblemente en incapacidad de ejecutar el objeto del contrato, no arriesgaba ni desarrollaba la labor (Consejo de Estado, 1999). Esta es la última posición asumida por el Consejo de Estado.

Así, sobre el monto por indemnizar, la sección tercera del Consejo del Estado colombiano expresó lo siguiente:

Para que proceda la indemnización por indebida adjudicación de un contrato, el demandante tiene la carga de probar, además de la nulidad del acto de adjudicación, que su propuesta era la que mejor satisfacía los intereses de la entidad, en los términos del inciso tercero del artículo 29 de la Ley 80, en la actualidad el artículo 5 de la Ley 1150 (...) si el proponente que acude a la jurisdicción demuestra los anteriores elementos tendrá derecho a ser indemnizado, en un *quantum* que ha variado en la jurisprudencia del Consejo de Estado; sin embargo, en la actualidad es pacífico considerar que el valor corresponde a la utilidad esperada (...) ante la indebida adjudicación, *la indemnización consiste en el pago de la utilidad dejada de percibir, al convertirse en un lucro cesante futuro y cierto*, pues el proponente que debía ser adjudicatario estaría dispuesto a cumplirlo; negocio del que obtendría una ganancia razonable, que *debido al error en que incurre la administración no ingresará a su patrimonio*. La indemnización *no equivale al valor total del contrato*, pues sería desproporcionado, porque si al proponente se le adjudicara el contrato incurriría en los gastos propios de su ejecución, por lo que el valor real dejado de percibir sería la ganancia esperada. Además, se aclara que en estos casos *la indemnización no cubre los gastos de presentación de la oferta*, y en general los costos en que se incurra para participar, pues no se indemnizan, *ni cuando se adjudica mal un proceso de contratación, ni cuando se declara desierta una licitación que se debió adjudicar*. Estos gastos no se reembolsan, porque si se hubiera adjudicado la licitación el contratista habría incurrido en ellos, de manera que se entendería que la utilidad del negocio se los compensaría.

Ahora, si quien los reclama ocupó el segundo o tercer lugar en el proceso de selección -o cualquier otro hacia abajo en el orden de evaluación-, menos derecho tendría a reclamarlos, pues *esos gastos son propios del riesgo de la participación en los procesos de contratación y los asume el participante*.¹⁷ (Consejo de Estado, 12 de noviembre de 2014)

En este sentido, el participante afectado no recibirá el valor íntegro del contrato sino solo la utilidad esperada. Esto sucede porque aunque haya probado que su oferta era mejor, no habría ejecutado las obras o servicios propios del contrato. La utilidad esperada asciende a menudo al 10% del valor total del contrato. En este caso, que se trata de demandar la nulidad del acto de adjudicación del contrato a una persona equivocada, la acción que procede hasta ahora según la jurisprudencia imperante es la nulidad y restablecimiento del derecho. Ahora, si el juez declara la nulidad de dicho acto, como consecuencia deberá también, así no lo pida el demandante y siguiendo la jurisprudencia del mismo Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2022), declarar la nulidad absoluta del contrato, según lo ordena el artículo 44.4 de la Ley 80.¹⁸

Control de los actos administrativos proferidos con posterioridad a la etapa de liquidación del contrato estatal

En la etapa siguiente a la terminación de la ejecución del contrato, el medio de control que debe emplearse es la nulidad y el restablecimiento del derecho y no el de las controversias contractuales (Consejo de Estado, 1994). El término para demandar el contrato es de dos años contados a partir del día siguiente a aquel en que surgen los motivos de la demanda (CPACA, art. 164, lit. j). Ahora, se presenta un problema en los contratos que deben someterse a liquidación. La misma disposición citada dice que:

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.¹⁹ (CPACA, art. 164, lit. j, v)

¹⁷ Cursivas fuera del original.

¹⁸ “Artículo 44. *De las causales de nulidad absoluta*. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: [...] 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

¹⁹ Por su parte, el artículo 11 de la Ley 1150 establece: “*Del plazo para la liquidación de los contratos*. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene

Este plazo de dos años comienza a contar, en el primer caso, a partir de los dos meses siguientes a la fecha pactada para la liquidación bilateral, si en una de las cláusulas del contrato así se pacta; o, en su defecto, dicho plazo comenzará a correr cuatro meses después de la extinción del contrato. Aquí se cuenta un plazo de dos años y dos meses, porque se suma lo que prevé el contrato sobre la liquidación bilateral;²⁰ en el segundo caso, un plazo de dos años y cuatro meses. En todo caso, el término máximo será de 30 meses (24 + 6).²¹ También es importante destacar que la falta de liquidación de un contrato cuya liquidación es obligatoria constituye una falta disciplinaria para el funcionario. Finalmente, los contratos de prestación de servicios, muy utilizados en la administración pública colombiana, no requieren liquidación (Ley 80, art. 60, párr. 5)

Control del contrato estatal en la etapa contractual

La Ley 80, al establecer el régimen de los contratos públicos, eliminó la anterior distinción del Decreto 222 de 1983. Posteriormente, en 1998, la Ley 446, y en particular su artículo 32, modifica el artículo 87 del CCA de 1984, ya reformado por el Decreto 2304 de 1989, al tiempo que destaca la imposibilidad de impugnar actos precontractuales mediante la acción de controversias contractuales. Esta posición se mantiene en decisiones del Consejo de Estado: “[l]a acción contractual [fue] diseñada para [resolver] únicamente las disputas que surgieran entre las partes de un contrato” (Consejo de Estado, 1990). Así, la reforma de 1998 redujo el término para demandar de cuatro meses a treinta días, aspecto aún más desfavorable para el interesado. Posteriormente, con el CPACA, en 2011, se vuelve al plazo existente en el CCA-3 original, en 1984, de cuatro meses.

Las acciones tanto de nulidad simple como de nulidad y restablecimiento del derecho fueron avaladas por la Corte Constitucional, como medios idóneos para solicitar la nulidad de un acto anterior al contrato (C-1048, 2001). Al analizar la constitucionalidad del art. 32 de la Ley 446, que modifica el artículo 87 del CCA-3, reduciendo el plazo de

la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”.

²⁰ La entidad pierde competencia para liquidar el contrato cuando el contratista demanda y pide liquidación judicial.

²¹ Al respecto, ver la Ley 1150, art. 11, inc. 3: “Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá realizarse en cualquier tiempo dentro de los *dos años siguientes* al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores”. (Cursiva fuera del original). También puede consultarse el auto del Consejo de Estado del 10 de julio de 2019.

cuatro meses a treinta días, la Corte lo declaró conforme a la Constitución. Sin embargo, con el CPACA, las controversias contractuales caducan al cabo de dos años. Pero, si son los actos previos al contrato los que se pretende demandar, este plazo disminuye y será el de nulidad y restablecimiento del derecho, que es de cuatro meses como se mencionó (CPACA, art. 164.2.c).

Reclamaciones relativas al contrato estatal

El demandante puede solicitar, en términos generales, la nulidad del contrato (que puede ser relativa o absoluta y comprender también actos administrativos contractuales) u otras pretensiones, a saber: i) su incumplimiento o no ejecución ii) su declaratoria de existencia, iii) daños y perjuicios, iv) la revisión, v) la modificación, vi) la terminación del contrato y vii) la liquidación. En cuanto a la segunda hipótesis, el interesado, o la propia Administración, así como el Ministerio Público, pueden solicitar al juez la nulidad absoluta del contrato con sus consecuencias.

Nulidades del contrato estatal

Por una parte, la nulidad absoluta del contrato puede ser propuesta por cualquier persona interesada o por el Ministerio Público (Ley 80, art. 45). Asimismo, y contrariamente al derecho civil, las causas de nulidad absoluta no están sujetas a ratificación por las partes. Esta pretensión de nulidad debe invocarse a través de controversias contractuales. En caso contrario, el reclamante será sorprendido por una inhibición, en razón de la indebida escogencia de la acción. Asimismo, la nulidad relativa podrá ser ratificada por las partes, pero las causas de nulidad se convalidarán, en todos los casos, al término de un plazo de dos años (Ley 80, art. 46). Con todo, es importante preguntarse si este tipo de nulidad está realmente presente en los contratos públicos. El error, la fuerza o el dolo constituyen vicios generadores de nulidad relativa en derecho civil. Ahora bien, si la Administración se equivoca de cocontratante, si está obligada a firmar un contrato o si no tiene la capacidad provisional para firmar un contrato público, ¿serán entonces validados estos actos por el mero transcurso del tiempo? Este tipo de pretensión de nulidad relativa tiene problemas para corroborarse en la práctica del derecho de los contratos públicos. Asimismo, se pueden utilizar las controversias contractuales para demandar un acto administrativo contractual siempre y cuando el demandante sea parte en el contrato, pues de lo contrario deberá acudir a otras vías contenciosas administrativas.

Otras pretensiones relativas al contrato estatal

Es posible solicitar la no ejecución del contrato como resultado de la revisión del artículo 141 del CPACA y de la doctrina (Benavides, 2006, p. 187).²² Estas reclamaciones deben recaer en el juez ordinario o en la Justicia Arbitral. Se trata de casos de derecho civil, como el de no ejecución, que son tramitados por jueces civiles. Por supuesto, existen las cláusulas excepcionales consagradas en la Ley 80, en particular las de interpretación, modificación,²³ terminación y caducidad.²⁴ Sin embargo, el alcance de este aspecto no forma parte de esta investigación. En cuanto a la no ejecución del contrato, también puede ser decretado por la Administración cuando concurren motivos graves y probados. Basta con expedir un acto administrativo que lo declare. Si el cocontratante no acepta esta decisión, podrá demandarla mediante el recurso de controversias contractuales.

Por último, es imprescindible insistir en que el juez no puede declarar no ejecuciones cuando se trata de una prerrogativa de la que la Administración podría haber hecho uso (Benavides, 2006, p. 202).²⁵ El incumplimiento por contingencias contractuales vinculadas a un aspecto económico ya se abordó en la exposición de motivos del CCA-2. En 1937, Carlos H. Pareja mencionó ante el Congreso colombiano que este aspecto provenía del derecho francés por “los teóricos del derecho administrativo, en particular Jèze, Berthélémy,²⁶ Bonnard y Rolland, que estudiaron el riesgo imprevisible en los contratos y la “ecuación financiera del contrato” (Pareja, 1939, p. 482). Esta figura se ha insertado en el estatuto contractual actual y es de gran importancia práctica (Ley 80, art. 5.1, Inc. 2; art. 27 y art. 28). El contratista de la Administración siempre tiene garantizada su ganancia, diferencia entre los contratos públicos de los privados. Finalmente, si la misma parte quiere reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato, el re-

²² Esta pretensión de no ejecución consagrada en el artículo 1546 del Código Civil colombiano opera también en el contencioso administrativo contractual.

²³ Esta modificación “no puede cambiar el objeto del contrato, su ‘sustancia’, su ‘esencia’, ni cambiar la economía general del contrato” (Güechá López, 2015, p. 518).

²⁴ Sobre esta cláusula, que es una de las prerrogativas unilaterales de la Administración, Pareja considera que “no es razonable recurrir a ese extremo sino cuando se vea que no hay otro capaz de asegurar el funcionamiento del servicio o la ejecución de la obra, *porque la caducidad no es una pena*” (Pareja, 1939, p. 416) [cursiva en el original]. Así, “[l]a caducidad es, propiamente hablando, una medida de policía, entendiendo este término en el alto sentido de potestad del Estado para asegurar el orden público, que podría comprometerse con el mal funcionamiento de los servicios” (Pareja, 1939, p. 416).

²⁵ Para este autor, el juez no puede ni siquiera dar órdenes de ejecución a la Administración; solo puede limitarse al control clásico del contrato (terminación, modificación, existencia, reparación).

²⁶ Pareja leyó en particular el *Tratado elemental de derecho administrativo* (Berthélémy, 1926).

curso adecuado son las controversias contractuales y no la reparación directa, so pena de declararse la inhibición por la indebida escogencia de la acción (Consejo de Estado, 6 de junio de 2019).²⁷

Controversias relativas al control del contrato estatal

El contrato público siempre ha oscilado entre una concepción privatista y una concepción publicista. Del mismo modo, la competencia es discutida por los autores:

Tarde o temprano, los contratos públicos y las concesiones de obras pasarán al juez ordinario y mejor aún al arbitraje, sujeto al control de la comunidad. Ignorar que aquí hay un gran mercado es una batalla perdida. La libertad de contratación, la igualdad de las partes, la transparencia de las situaciones, la publicidad, en una palabra, la competencia, son reglas esenciales de todo contrato, de todo contrato administrativo. (Drago, 1990, p. 128)

El contrato público: ¿acto administrativo o contrato?

En el derecho administrativo ha habido, a lo largo de la historia, dos formas de ver los contratos, que provienen de las dos formas de ver el derecho administrativo: primero, el que se puede llamar “publicista”, y segundo, el que se llamará “privatista”.²⁸ El artículo 13 de la Ley 80 ordena la aplicación del derecho privado a los contratos que celebre el Estado. Nos dice Güechá López que la Ley 80:

reconocía un lugar preponderante a la libertad de contratar, pero esto creaba una gran incertidumbre en relación con el derecho aplicable a determinadas figuras, porque el juez administrativo y más aún las partes tienen dificultades para determinar a partir de qué momento la libertad debe ceder ante los principios del derecho público. El principio de legalidad se encuentra hoy perdido en un limbo de incertidumbre, porque las autoridades públicas (sujetas a las estrictas reglas de competencia fijadas por la ley) parecen actuar en materia de contratos como si fueran particulares. (2015, pp. 518-519).

Se comparte la idea de Roland Drago, para quien “querer, en un espíritu de rigidez doctrinal, mantener un régimen único del contrato administrativo es un desafío o incluso una terquedad” (Drago, 1990,

²⁷ En este caso, el solicitante compró un automóvil del departamento, que presentó algunos problemas en sus componentes; demandó a la entidad mediante reparación directa. El Consejo de Estado rechazó las pretensiones y declaró probada la excepción procesal de indebida escogencia de la acción. El recurso por intentar es la controversia contractual por daños y perjuicios derivados de la no ejecución o del incumplimiento del contrato.

²⁸ Para Roland Drago, en efecto, estas dos visiones oponen “por un lado, el poder público y el servicio público y, por otro lado, los derechos privados” (1990, p. 119).

p. 128). El contrato público ha cambiado y ya no es posible aprehenderlo desde una perspectiva netamente pública o enteramente privada. Debe haber “régimenes” del contrato, no “el régimen” del contrato. La idea que el juez tenga del contrato público determinará también sus facultades durante el análisis urgente de las solicitudes de suspensión provisional de actos.

En Colombia, Pareja consideró en su momento que “ni el artículo 1602 del Código Civil, ni la Ley 68 de 1870, en su artículo 8, pueden aplicarse literalmente a los contratos administrativos” (1939, p. 482). En efecto, quien celebra un contrato con el Estado debe admitir modificaciones unilaterales en su parte legal o reglamentaria (Pareja, 1939, p. 409), pues “la Administración tiene derechos exorbitantes, que le dan un control completo y permanente sobre el contratista; ese control no se funda en ninguna disposición del Código Civil” (Pareja, 1939, p. 409). El contrato público no es más que un acto administrativo. Debido a las prerrogativas excepcionales, no es actualmente, ni lo fue antes, un acuerdo o convenio en el sentido del derecho privado. Repleto de cláusulas excepcionales, este acto jurídico tiene la calidad de acto administrativo y, en consecuencia, su control cae dentro del ámbito de la acción contenciosa de plena jurisdicción, es decir, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Suspensión provisional de los actos administrativos contractuales y del contrato estatal

Los actos contractuales, los procesos de selección y la ejecución del contrato pueden suspenderse, y esta prerrogativa corresponde, de una parte, al Ministerio Público,²⁹ al juez o a la propia Administración.³⁰ Para quienes comparten la visión privatista del derecho de los contratos públicos, esta figura no es adecuada. La Ley 80 así lo sostiene.³¹ Al revisar un contrato público o sus actos preparatorios, el juez contencioso administrativo debe conocer una gran cantidad de normas de derecho público, distintas del Código Civil o del Código de Comercio.

²⁹ Art. 219, CGD. “Medidas preventivas. Cuando la Procuraduría General de la Nación o las Personerías adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento o se defraudará al patrimonio público. Esta medida solo podrá ser adoptada por el procurador general, por quien esté delegado de manera especial, y el personero”. (las cursivas son nuestras). Esta disposición se retoma del artículo 160 del código anterior, la ley 734 de 2002 (CDU).

³⁰ El artículo 6.3 de la Ley 1150 de 2007, reformativo de la Ley 80, autoriza la suspensión del proceso de selección del contratista cuando la Administración advierta una irregularidad en las condiciones del proponente.

³¹ Art. 13, Ley 80. Según esta disposición, el derecho aplicable a los contratos públicos, por regla general, es el derecho privado.

La voluntad del legislador, en 1993, de basar los contratos públicos en normas de derecho privado es también una medida de orientación para favorecer, en particular, las inversiones extranjeras.³² Las cláusulas también se modifican, y el juez solo puede suspender un contrato por causas “manifiestamente evidentes”. Era necesario proteger el contrato para garantizar la inversión extranjera y dar seguridad jurídica a las empresas multinacionales que venían a aportar al desarrollo del país.

De acuerdo con lo anterior, el juez puede hoy suspender un acto o un contrato por las mismas causas expuestas en el apartado sobre la suspensión temporal de los actos administrativos. El CPACA lo autoriza,³³ pero siempre es necesario que exista un carácter grave de la ilegalidad,³⁴ sin que sea necesario practicar pruebas. Así, el juez puede suspenderlo bajo ciertas condiciones que no son siempre fáciles de demostrar. En la práctica, como se indicó, salvo en determinados casos de manifiesta corrupción, el juez se abstiene de suspender un contrato por causas finalistas³⁵ o económicas.³⁶

Referencias

- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado* (2a. ed.). Universidad Externado.
- Benavides, J. L. (2006). Contencioso contractual en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 18, 183-212.
- Berthélemy, H. (1926). *Traité élémentaire de droit administratif* (11ème éd.). Rousseau et Cie.
- Betancur Jaramillo, C. (2013). *Derecho procesal administrativo* (8a ed.). Señal.
- Congreso de la República de Colombia. (1909, 27 de noviembre). Ley 53. *Sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno*. Diario Oficial 13851. <https://bit.ly/4qsJ8IT>

³² Así, para la doctrina, “[e]n la exposición de motivos del proyecto de ley, el gobierno insiste en modernizar la ley de contratos públicos para adecuarla al proceso de apertura económica”. (Benavides, 2004, p. 29).

³³ Art. 229, CPACA. Mérito de las medidas cautelares.

³⁴ Art. 231, CPACA. Condiciones para ordenar una medida cautelar.

³⁵ Art. 3, Ley 80. Los fines de la contratación estatal.

³⁶ Art. 209, Const., que contiene los principios de la función administrativa, y el art. 25 de la Ley 80, sobre el principio de economía. Asimismo, el artículo 2 de la Constitución que contiene los fines esenciales del Estado.

- Congreso de la República de Colombia. (1912, 23 de noviembre). Ley 110. *Por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman*. Diario Oficial 14845. <https://bit.ly/4nxjYjf>
- Congreso de la República de Colombia. (1913, 13 de diciembre). Ley 130. *Sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo*. Diario Oficial 15123. <https://bit.ly/4hSPlnz>
- Congreso de la República de Colombia. (1993, 28 de octubre). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial 41.094. <https://bit.ly/4o7T2b4>
- Congreso de la República de Colombia. (1998, 8 de julio). Ley 446. *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*. Diario Oficial 43.335. <https://bit.ly/4oeyz11>
- Congreso de la República de Colombia. (2011, enero 18). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial 47956. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (19 de enero de 1915). *Hnos. Maldonado*, A. 72.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (16 de febrero de 1915). *Nicanora Ramírez*, A. 87.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, plena. (7 de febrero de 2002). *Dissantamaría*, N.º 21615.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, plena. (19 de febrero de 2004) *Oscar Oswaldo Ríos*, ni: 25237.
- Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales. (11 de diciembre de 1936). *Ramón Gutiérrez c. Depto de Caldas*, GJ 754.
- Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales. (28 de marzo de 1941). *Manuel José Bohórquez c. Depto de Boyacá*, GJ 731.
- Consejo de Estado, 1ra. (6 de diciembre de 1990). *Octavio Giraldo c. Instituto de Crédito Territorial*, i. 5165.
- Consejo de Estado, 3a. (19 de agosto de 1994). *Camp & Perea et ál.*, N.º 9233.
- Consejo de Estado, 3a. (6 de agosto de 1997). *Sociedad Tolimense de Ingenieros (auto)*, N.º 13495.
- Consejo de Estado, 3a. (18 de septiembre de 1997). *Antonio José de Irisarri c. MinComunicaciones*, rad. 1997-9118-01.
- Consejo de Estado, 3a. (12 abril de 1999). *Miguel Castellanos c. HIMAT*, N.º 11344.

- Consejo de Estado, 3a. (27 de enero de 2000). *Seguridad El Pentágono colombiano*, N.º 16459.
- Consejo de Estado, 3a. (27 de noviembre de 2002). *Soc. Henry Lozada Vélez & Cía. c. InviCali*, N.º 13792.
- Consejo de Estado, 3a. (14 de agosto de 2003). *Med-Air International Sales Inc et ál*, N.º 22848.
- Consejo de Estado, 3a, A. (12 de febrero de 2014). *UT Bogotá Móvil*, ni: 32721.
- Consejo de Estado, 3a, C. (12 de noviembre de 2014) *Gomher*, N.º 27986.
- Consejo de Estado, 3a, B. (18 de octubre de 2018). *South American Investment Latin Inc et ál c. Depto de Antioquia*, N.º 43072.
- Consejo de Estado, 3a, B. (6 de junio de 2019). *Rosemberg Caballero c. Depto de Bolívar*, ni 42343.
- Consejo de Estado, 3a, B. (10 de julio de 2019). *WTD c. Tunja (auto)*, N.º 62505.
- Consejo de Estado, 3a, C. (28 de febrero de 2022) *El Saman c. Pereira*, i. 65134.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1048 (Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1048-01.htm>
- Di Francesco, D. (2018). *La doctrine administrative de la commande publique*. Panthéon-Assas - Paris II.
- Drago, R. (1990). Le contrat administratif aujourd'hui. *Droits*, 12, 117-128.
- Güechá López, C. A. (2015). *La modification du contrat administratif en droit colombien*. Panthéon-Assas - Paris II.
- Luna Benítez, L. A. (1970). *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Colombie*, Université de Paris.
- Luna Benítez, L. A. (1981). *Lo contencioso administrativo*. Librería del profesional.
- Pareja, C. H. (1939). *Curso de derecho administrativo* (2a ed.). El Escolar.
- Presidencia de la República de Colombia. (1964, 9 de marzo). Decreto 528. *Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución, y se adoptan otras disposiciones*. Diario Oficial 31330. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1114228>
- Presidencia de la República de Colombia. (1983, 2 de febrero). Decreto 222. *Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 36189. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>

- Presidencia de la República de Colombia. (1989, 7 de octubre). Decreto 2304. *Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo*. Diario Oficial 39013. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6542>
- Simonet, J.-B. (1893). *Traité élémentaire de droit public et administratif* (2ème éd.). Cotillon et Pichon. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64232418>
- Tocqueville, A. de. (1866). *Œuvres complètes d'Alexis de Tocqueville: Vol. VII*. M. Lévy frères.