

NULIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES

RICARDO HOYOS LANZZIANO

C.C. No. 72,251,369

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ, 2011
TABLA DE CONTENIDO**

1. Introducción
2. Nulidad en los contratos estatales
3. Carácter institucionalidad de la nulidad
4. Clases de Nulidades
 - 4.1 Nulidad Absoluta
 - 4.2 Nulidad absoluta en los contratos estatales
 - 4.3 Nulidad relativa
 - 4.4 Características de la nulidad relativa
 - 4.5 Nulidad Parcial
 - 4.6 Nulidad Relativa y Parcial en la Ley 80 de 1993
5. Vicios Comunes que originan las diferentes Nulidades
6. Efectos al declarar la Nulidad
7. Violación al principio de legalidad
8. Prohibición legal de eludir los procedimientos de selección en la contratación
9. Mecanismo judiciales frente la nulidad en un contrato o en un proceso de selección.
10. Procedencia de la acción popular
11. Acción de simple Nulidad Y Nulidad y Restablecimiento
12. Acción contractual mecanismo inadecuado
13. Revocatoria directa y Acción de lesividad
14. Conclusiones
15. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo mostrado a continuación plantea uno de los inconvenientes que se presentan en la práctica de la administración pública, como lo es la Nulidad en los Contratos Estatales, la cuales en el que hacer jurídico de la administración pública son presentadas a diario, por lo mismo que hace imperiosa su comprensión.

Algunos de los autores consultados para la elaboración del presente trabajo consideran a las Nulidades propiamente dichas como una institución del derecho privado, la cuales son requeridas en el ejercicio de la función pública, por lo cual se debe analizar este tema desde su origen en el derecho administrativo y sus principios básicos en el código civil.

Dado lo anterior apoyados en los artículos del código civil, el código contencioso administrativo y la jurisprudencia se pretende dilucidar los artículos 40 y subsiguientes de la ley 80 de 1993 en materia de las nulidades de la contratación estatal, las cuales como verán pueden ser absolutas, parciales o relativas y tienen unas características y causales propias para su invocación.

Con este trabajo se busca que el lector encuentre las herramientas propias para la correcta constitución, alegación o solicitud tomando como referencia las bases legales y los comentarios de los autores sobre la nulidad que se entregan en este.

2. NULIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Las nulidades son instituciones del derecho privado, pero se aplican a la contratación estatal, pues su régimen jurídico es adaptado a esta, es por ello que para el estudio de los artículos 40 y subsiguientes de la ley 80 de 1993, se debe considerar los aspectos básicos del código civil que rigen el tema a desarrollar.

Se consideran las nulidades como sanciones legales, por lo cual todo acto que se encuentra viciado de nulidad pierde sus efectos jurídicos, entre sus caracteres

principales encontramos; (i) que constituye una sanción, porque corresponde a conductas contrarias e indebidas al ordenamiento jurídico (ii) su carácter legal, porque el fundamento es la ruptura manifiesta de algún precepto jurídico (iii) el efecto de propio de la anulación, que trata de eliminar los efectos jurídicos propios del acto, dado que el acto jurídico tiene como finalidad producir ciertas consecuencias jurídicas y (iv) el fundamento de la nulidad es alguna irregularidad del deber ser propia del contrato o acto administrativo.

Así las cosas, La nulidad es entonces un vicio que invalida los actos y contratos, cuya existencia es perentoria, bien lo explica Sandoval: “Los actos o contratos al ser declarados nulos, produce efectos hacia atrás, *ex tunc*, retroactivos o *ab finito*, desde su nacimiento o comienzo del acto o contrato e impide que se continúen produciendo efectos en el tiempo futuro, cortando de tajo su existencia y efectividad”.¹

De hecho, Sandoval cita la conferencia de eficacia e ineficacia del contrato dictada por el Dr. Fernando Hinestroza Forero, Así: “La nulidad es una sanción consistente en la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto al futuro como al pasado. De ahí por qué se diga, mas descriptiva que fundadamente, que la nulidad opera retroactivamente, cuando en rigor lo que sucede es que por motivos congénitos, o sea presentes al momento de la celebración del negocio –sin perder de vista la posibilidad de formación sucesiva del *factumnegocial*, el negocio se muestra inidóneo para producir efectos y el Estado, por medio del aparato jurisdiccional y de una sentencia declarativa, dispone la privación de todo efecto, comenzando por el propio vínculo negocial y siguiendo con la eliminación de los efectos finales, en cuanto ello sea

¹SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés, *Contratación Estatal Y Contratación En Salud En El Estado Colombiano*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009. P.321

físicamente factible y no haya un interés específico consagrado por algún precepto, en la conservación de determinado efecto personal o real del acto nulo”²

3. CARÁCTER INSTITUCIONALIDAD DE LA NULIDAD

La nulidad jurídicamente declarada, se relaciona directamente tanto con el acto declarado nulo, como con el vicio o causa de la nulidad y sus efectos, por ello el doctor Pedro Antonio Lamprea describe como fuente de anomalías jurídicas a la nulidad así:

- a. Vicio de la entidad del acto: la nulidad es un concepto objetivo, esto es , que existe materialmente en el acto y por lo tanto tiene un reconocimiento
- b. Determinado el vicio, que la ley señala en forma taxativa, la nulidad debe ser declarada judicialmente
- c. Como situación jurídica, la nulidad se refiere al acto ya realizado; cuando el vicio del acto es de cierta naturaleza compete al juez declarar la nulidad, de oficio³

4. CLASES DE NULIDAD

A pesar que este trabajo se encuentra dirigido para las nulidades en contratos estatales, se hace necesario remitirnos al código civil en tanto que el Código civil quien desarrolla la definición y las clases de nulidades.

El *Código Civil Colombiano* estipula en su ARTÍCULO 1740. CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. Igualmente no todos los vicios

²Ibíd. P.322

³ LAMPREA, Pedro Antonio. ANULACIÓN DE LO ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Editorial Doctrina Y Ley, primera edición, Bogotá 1996. P.113-115

conducen a la misma clase de nulidad, como se verá seguidamente la nulidad puede ser absoluta o relativa.

4.1 NULIDAD ABSOLUTA

La Naturaleza jurídica de la nulidad absoluta es insanable, esta es la que protege el interés público o general de la sociedad, está destinada a castigar lo ilícito, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público, como lo aclara el código civil se aplica cuando faltan los requisitos que la ley prescribe para la validez del mismo, trata temas ilícitos o hay incapacidad de las personas que intervienen.

Se caracteriza por que inicialmente no se requiere petición de alguna de las partes, dando la potestad al juez para que actúe de oficio, o quien legalmente está facultado para declararla, por ejemplo en la contratación estatal, se encuentra facultada la entidad u ordenador del gasto; esto si se encuentra demostradas las causales para la declaratoria; también se posibilita el solicitar la declaración por parte del ministerio público, veedurías ciudadanas, contraloría o de alguna de las partes en el caso de un contrato estatal; hecha la declaración se retrotraen los efectos del acto o contrato declarado nulo y se extingue desde su inicio; las partes deben ser restituidas al estado en que se encontrarían, si no hubiesen celebrado el contrato con excepción del conocimiento del tema ilícito tratado; tiene efectos “erga omnes” esto es que no opera solo entre o frente a las partes, sino contra todos; es oponible a terceros.

Adicionalmente, no desaparece por confirmación o ratificación del acto, es imprescriptible respecto al acto u objeto ilícito; En el código civil se enmarca la nulidad absoluta de la siguiente manera:

“ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la

omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

ARTICULO 1742. OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

4.2 NULIDAD ABSOLUTA EN CONTRATOS ESTATALES

Lo anteriormente expuesto son las bases tanto para el derecho privado como para el público, ahora enfoquemos más el tema a contratos estatales, así la ley 80 de 1993, amplia en su artículo 44 y 45, sobre la nulidad absoluta, lo siguiente:

“Artículo 44º.-

De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.*

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

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.

Artículo 45º.-

De la Nulidad Absoluta La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”

Para concluir respecto de la nulidades absolutas en los contratos estatales, se precisa que se solicita cuando el inconveniente, defecto o vicio de que adolece, no puede ser saneado, es decir, no se permite arreglarlo o corregirlo por las partes que en el mismo intervinieron, esto tanto que la nulidad es un vicio tan grave, que la ley no admite que se subsane o componga. La generalidad es que son defectos que la ley no quiere que se presenten, pues van contra mandatos imperativos, sus consecuencia directas en la contratación son que debe declararse nulo, perdiendo su validez y no logrando su ejecución, dichas nulidades pueden ser alegadas por las partes, por el agente de ministerio público, por cualquier persona o declaradas de oficio, y no son susceptibles de saneamiento por ratificación.

Sobre la nulidad absoluta del contrato estatal en jurisprudencia del Consejo de Estado, señala los efectos de la misma Así: – *Sala Contencioso Administrativo – Sección tercera de octubre de 1999, M.P. Alíer Eduardo Hernández.*

“En este caso se enajeno contraviniendo la disposición legal, pues no se obtuvo la autorización requerida, requisito que establece la ley por la naturaleza del acto jurídico consistente en la disposición de bienes que han ingresado al país exentos del pago de derechos o que hayan obtenido una rebaja en el pago de los mismos y no por la calidad de las partes que en el intervienen, todo lo cual se acomoda a la prescripción del artículo 1741 de C.C. surge pues con claridad, la nulidad absoluta que afecta el contrato de acuerdo con lo establecido en los artículos 1521 y 1741, 899 del C. de Comercio..., ahora bien, el efecto inmediato de la declaratoria de nulidad es la de retrotraer las cosas al estado que tendrían de no haber existido el contrato nulo. Como la sentencia de nulidad produce efectos retroactivos, cada parte tiene que restituir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado. Sin embargo, existen eventos en que no hay lugar a tales restituciones, como cuando ocurre la nulidad se ha originado en objeto o causa ilícita, habiendo actuado las partes o una de ellas a sabiendas de la ilicitud.”
(Subrayado y cursiva fuera del texto)

4.3 NULIDAD RELATIVA

La nulidad relativa según el estatuto general de contratación, son los demás vicios que se den en los contratos adicionales a los establecidos en el *Código Civil Colombiano*, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso del tiempo a partir de la generación del vicio en el contrato; el jefe o representante legal de la entidad en acto motivado, puede sanear el vicio o rescindir el contrato. Así mismo se aclara que de una cláusula del contrato no invalida el resto de la aplicación del contrato, a menos que aquel contrato quede insubsistente por falta de la cláusula viciada.

Así del código Civil se estipula que las causales de nulidad relativa son:

“ARTICULO 1743. DECLARACIÓN DE NULIDAD RELATIVA. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse, sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.”

4.4 CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD RELATIVA:

1. No puede ser declarada por un juez, sino a petición de parte.
2. El Ministerio público en el solo interés de la ley, no está legitimado para pedir su declaración.
3. Da lugar a la rescisión del contrato, que da lugar a la restitución de las partes contratantes del estado anterior cuando alguna de ellas sufra lesión con el acto o contrato.
4. Una vez declarada, se retrotrae en sus efectos, y destruye o extingue el acto por regla general, desde su nacimiento y en forma general.
5. Puede sanearse por la ratificación expresa o tacita de las partes con capacidad para contratar que tienen derecho a alegar la nulidad y las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que ratifica.

4.5 NULIDAD PARCIAL

Hacen referencia a la anulación de alguna o algunas de las cláusulas del contrato, sin invalidar la totalidad del contrato, a menos que la existencia dependa de la parte viciada que en ese caso será nulidad absoluta.

4.6 NULIDAD RELATIVA Y PARCIAL EN LA LEY 80 DE 1993.

Por lo tanto, aplicado al régimen de contratación estatal concluimos que cuando el contrato presenta otras causales distintas a las enumeradas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, se dice que dicho contrato presenta nulidad relativa, esta consiste en problemas, inconvenientes o defectos que presenta un contrato, pero que son de una menor importancia, y que en todo caso dichos defectos pueden ser subsanados o arreglados por las partes que también pueden ser ratificados.

5. VICIOS COMUNES QUE ORIGINAN LAS DIFERENTES NULIDADES

Principalmente los vicios que originan estas nulidades son: (i) La falta de capacidad legal de las partes; (ii) el error versado sobre el objeto o contratado; (iii) la fuerza; (iv) el dolo; (v) por omisión de los requisitos, internos o externos, que las leyes dictan para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan y no a la naturaleza de los mismos; (vi) cuando son nulas las estipulaciones accidentales, anulándose únicamente estas y subsistiendo convención con las demás; (vii) por incapacidad relativa de cualquiera de los contratantes, es decir, que algunos de estos sea menor adulto no habilitado de edad, disipador de interdicción o persona jurídica.

6. EFECTOS AL DECLARAR LA NULIDAD.

Los efectos al declararse la nulidad es que el acto o contrato que nace a la vida jurídica y alcanza a producir efectos, los cuales se deben anular al declararse la nulidad que produce efectos *ex tunc* (hacia atrás), es decir desde el nacimiento del acto hasta que se declare nulo.

Para las nulidades de los literales 1,2 y 4, establecidas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, el representante legal deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenara su liquidación en el estado que se encuentre.⁴

⁴Op.cit

En cuanto a los efectos de la nulidad, el artículo 48 de la ley 80 de 1993, aclara que aunque sea declarado nulo un contrato estatal de ejecución deben reconocerse y pagarse hasta donde sea ha ejecutado el mismo.

“Artículo 48º.-

De los Efectos de la Nulidad La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

De acuerdo con lo estipulado en la ley 80 de 1993, los actos administrativos que se expiden con ocasión a la contratación son separables del contrato y se demandan directamente sin necesidad de demandar el contrato que los origina:

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

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

Para la interpretación de estos párrafos debe tenerse en cuenta la modificación introducida por el inciso 2o. del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, el cual modifico el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece:

“ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

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

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

Sobre este tema el Consejo⁵ dice que se estableció una innovación considerable en materia de caducidad de las acciones en contra de los actos previos a la celebración del contrato, en tanto los sustrajo de la aplicación general del plazo de caducidad de cuatro meses previsto en el art. 136 del C.C.A para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que sólo podrán impugnarse dentro del

⁵Radicación No. 19777 de 13 de diciembre de 2001, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque dice: '... El inciso segundo de la norma transcrita <art. 32 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del art. 87 del C.C.A.>,'

término especial de los 30 días, siguientes a su comunicación, notificación o publicación, según el caso, cualquiera sea la acción que se escoja.

Es decir, que los actos administrativos que se producen dentro del proceso de contratación, pueden ser demandadas por encontrarse viciados de nulidad, por las siguientes causas:

- a) Cuando sean contrarios a la constitución o la ley
- b) Cuando infrinjan normas que deberían fundarse
- c) Cuando hayan sido expedidos en forma irregular
- d) Cuando hayan sido expedidos con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa
- e) Cuando hayan sido expedidos mediante falsa motivación
- f) Cuando haya sido expedido con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

Así mismo se exige a la administración, que en vicios de procedimiento o forma la administración en acto motivado debe sanear el vicio, como lo exige la ley 80 de 1993, en su artículo 49 el cual me permito transcribir

“Artículo 49º.- Del Saneamiento de los Vicios de Procedimiento o de Forma. Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el Jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio.”

7. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es aquel que nos brinda seguridad jurídica, en el cual todas las decisiones del estado deben encontrarse fundamentadas en las leyes y no en decisiones arbitrarias, cuando esto no se cumple se rompe la presunción de legalidad de los acto administrativo y es el juez quien debe declarar estos actos nulos, con las consecuencias que se derivan de esta declaración

El principio de legalidad, o primacía de la ley, puede definirse, de manera muy general, como aquella garantía normativa de la libertad y la seguridad individual de

las personas que integran un colectivo social y a las cuales van dirigidas esas reglas. La seguridad que cada canon legal proporciona permite que los asociados conozcan con anticipación los límites de la protección, o consecuencia, jurídica de sus actos y su principal objetivo está dirigido a proteger sus derechos del ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es la esencia de una noción garantista del Estado Social de Derecho. El principio de legalidad, a grandes rasgos, garantiza la seguridad jurídica.

Así mismo este principio hace referencia al sometimiento de la Administración y de sus actos a las normas superiores. Constituyendo una limitación a la actividad de la Administración, esto quiere decir que la administración sólo puede hacer aquello que le permita la ley

Por lo tanto, todos los actos administrativos tienen una presunción de legalidad, es decir que cualquier acto administrativo debe encontrarse de acuerdo con las normas superiores y fueron expedidos en procura del buen servicio público.

Los actos administrativos son obligatorios y por lo tanto deben ser obedecidos por la comunidad y sus efectos inmediatos sólo pueden anularse o suspenderse por la autoridad competente siempre y cuando la demandante desvirtuó la presunción de legalidad

La nulidad no puede ser declarada de oficio por el juez, aunque el acto sí puede ser revocado por la propia administración para ello la ilegitimidad debe ser alegada y probada.

La presunción de los actos generales puede desvirtuarse en cualquier momento por medio de una acción de nulidad, sin embargo la presunción de los actos particulares debe desvirtuarse en un término señalado por la ley.

8. PROHIBICIÓN LEGAL DE ELUDIR LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN

Entre causales comunes para declarar una nulidad en un contrato estatal, se encuentra la prohibición de las entidades estatales para contratar evitando los procedimientos de selección, estos son tanto los principios en contratación estatal selección objetiva, transparencia, publicidad, igualdad entre los contratistas; como

las normas del tema en cuestión, ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007, el decreto 2474 de 2008 y los demás decretos reglamentarios que rigen la contratación estatal

Así las cosas en el Artículo 2 de la ley 1150 de 2007, se estableció que la escogencia del contratista es por medio de licitación, en tanto que la licitación garantiza la publicidad y así la escogencia se basara en ser la mejor oferta, obteniendo así la mejores condiciones en experiencia, calidad y precio de los bienes y servicios; de mencionada regla existe unas excepciones en la ley. Por ejemplo, frente a la cuantía del contrato, la ley prevé que no se utiliza la licitación pública cuando verse sobre procesos de la menor cuantía y la inferior al 10% de la menor cuantía; de la misma manera no es necesario utilizar la licitación por el objeto del contrato, por ejemplo si son bienes de defensa nacional o seguridad nacional se aplica la ley 1089 de 2003; tampoco es necesario llegar a la licitación por la naturaleza de la prestación, como ejemplo tenemos la prestación del servicio de salud o por urgencia manifiesta donde la ley faculta contratar directamente.

En los casos mencionados anteriormente no es necesario llegar a la licitación, sin embargo si se exige aunque un procedimiento más abreviado, es necesario hacer la convocatoria y un proceso que aunque en tiempo es más corto igualmente garantiza todos los principios de contratación estatal.

Sin embargo, la entidad está en obligación de obedecer las leyes vigentes y decretos reglamentarios para realizar una selección objetiva y si la entidad no lo hace vulnerara el bloque de legalidad y el artículo 24 de la ley 80 de 1993.

Con este precepto legal les está prohibido a las entidades estatales eludir algún procedimiento, incurriendo en una vía de hecho por no aplicar la ley y los fines establecidos en ella. Así tipificando *causal de nulidad absoluta Numeral 3 artículo 44 de la ley 80 del 93*

Con ello de incurrir en una causal de desvío de procedimiento (num. 3 art. 44 de la ley 80 de 1993) y la violación del principio de igualdad (Art. 13 C.P) dando la posibilidad de solicitar la nulidad absoluta del contrato utilizando como mecanismo

judicial la acción nulidad y restablecimiento del derecho o acción popular, los cuales veremos más adelante.

9. MECANISMO JUDICIALES FRENTE LA NULIDAD EN UN CONTRATO O EN UN PROCESO DE SELECCIÓN.

Los mecanismos judiciales con los cuales se puede solicitar la nulidad absoluta en un proceso de selección de contratista o en un contrato estatal son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho teniendo en cuenta los tiempo del Art 136 CCA modificado por el Art. 44 de la ley 446 de 1998, si ya caduco la acción podemos interponer la acción de simple nulidad frente al proceso de selección ya que esta se interpone en cualquier tiempo y una vez declarada la nulidad absoluta del procedimiento de selección deberá darse aplicación al Artículo 45 de la ley 80 de 1993, por el cual obliga al funcionario a dar por terminado el contrato mediante acto administrativo y su posterior liquidación; si llegar afectar un derecho colectivo podemos interponer acción popular.

10. PROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL POR MEDIO DE UNA ACCIÓN POPULAR

Luego de un análisis del tema se constata que procede teniendo en cuenta que los derechos colectivos, se contemplan la moralidad administrativa y el presupuesto público, por encontrarse entre los derechos colectivos procede contra un contrato estatal

Por ejemplo un contrato estatal donde la administración no aplico el principio de legalidad o debido proceso adjudicando a la oferta más costosa sin ninguna causa aparente, dicha resolución de adjudicación hace que el contrato se encuentre viciado de nulidad puesto que afecta nuestro patrimonio público y la moralidad administrativa.

Sin embargo este tema ha sido polémico en la Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado, partiendo el tema en tres líneas jurisprudencias principalmente; la primera es la línea jurisprudencial que afirma que puede el juez popular tiene facultad de anular los contratos estatales, la segunda línea

jurisprudencial contraria a la anterior que indica que el juez popular no está habilitado para anular los contratos estatales y la tercera línea jurisprudencial es la conclusión de las anteriores discusiones y es la que actualmente se encuentra vigente.

Es importante mencionar que en el caso que otros jueces hayan avocado el conocimiento de lo contencioso contractual, el juez popular puede tomar otras medidas de protección del derecho colectivo vulnerado, entre estas la suspensión de la ejecución del contrato hasta que se decida sobre la legalidad en este último proceso, para concluir esto, en esta discusión se menciona que el Honorable Consejo de Estado debe partir, “del tema de la actividad contractual es una expresión más de la función administrativa”⁶.

“se infiere que era claro que es posible vulnerar los derechos colectivos al patrimonio público y la moralidad administrativa con la celebración de contratos estatales (...) corresponderá al juez, en cada caso en concreto, definir si se configura o no esa transgresión”⁷ (Subrayado fuera del texto)

(i) La primera línea jurisprudencial, es la aceptación de la acción popular como mecanismo idónea para la nulidad del contrato estatal, por lo explicado anteriormente si se vulneran los derechos colectivos

(ii) La segunda línea es la no aceptación de la acción popular frente a un contrato estatal, puesto que debe evitarse es que las acciones populares se conviertan en mecanismos más ágiles que otros mecanismos como las acciones contractuales, nulidades o nulidad y restablecimiento del derecho; pues se degeneraría la acción popular, y se convertiría en otra instancia del proceso contractual o se podría utilizar cuando haya caducado la acción contractual ya que la acción popular no tiene término de caducidad.

⁶ Consejo Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencias de 31 de Octubre de 2002, Exp. A.P 518, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia 26 de septiembre de 2002, Exp. A.P. 537, C.P María elena Giraldo Gómez; Sentencia de 5 de octubre de 2005, A.P 01588; C.P Ramiro Saavedra.

⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 5 de Octubre de 2005, M.P Hoyos Duque.

Por ello se exige que el juez y la parte activa que pretenda interponer la acción popular contra un contrato estatal debe antes de su interposición verificar la procedencia de la misma y no utilizar la acción popular por que le caduco la acción contractual o porque la acción popular es más ágil y no utilizando los mecanismos idóneos como la acción contractual o nulidad y restablecimiento del derecho.

Referente a lo anterior la Corte Constitucional, lo menciono en los siguientes términos “No se trata, pues de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo”⁸,

(iii) La tercera línea nos aclara que si es procedente la acción popular si el contrato estatal vulnera un derecho colectivo Aun así el juez popular deberá confirmar el cumplimiento con algunos aspectos de vital importancia antes de proferir fallo, teniendo facultades hasta la suspensión del contrato estatal, facultad propia del juez contencioso administrativo pero que si se encuentra alguna vulneración de derechos colectivos podría intervenir el juez popular.

Aun así el Consejo de Estado, señala sobre el concepto de la Corte lo siguiente “permite a la sala concluir que lo que en realidad la Corte Constitucional señalo fue que las acciones populares no tienen por vocación convertirse en sucedáneas de las acciones contenciosas, al efecto prevista en le CCA; pero ello no excluye – como en efecto no lo hace la corte, como tampoco lo hace la ley 472 – que un contrato estatal pueda eventualmente vulnerar o amenazar un derecho o interés colectivo, y por ende, tomar procedente su amparo en sede popular”⁹

11 ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD Y NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Como lo mencionamos anteriormente, por regla general debe tramitarse la licitación como regla general excepto en la selección de contratista previstas

⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2000

⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de 5 de Octubre de 2005.

para el artículo 2 de la ley 1150 de 2007, en el cual se tienen previstos algunos eventos excepcionales de carácter taxativo y expreso, los cuales eximiría a la entidad de tramitar la licitación, sin embargo dota de otras modalidades de escogencia de contratista las cuales también tienen sus propios protocolos, aun así si la entidad acude sin argumentos a otras formas de selección debiendo utilizar la licitación, se sanciona con nulidad; por ejemplo sin en un proceso que por objeto y cuantía debe hacerse licitación pública y la entidad sin argumentos contundentes celebra contratación directa, debe interponerse acción de nulidad ya que está vulnerando el bloque de legalidad y la ley 80 del 93 en sus principios básicos, la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios; Si queda cabalmente establecido la condición del acto separable de los actos previos a la celebración, la acción que deberá interponerse frente a este acto es la prevista en el artículo 32 de la ley 446 de 1998 el cual modifico el artículo 87 del CCA, en donde expresamente se señala que tratándose del control jurisdiccional de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, la acción pertinente es la de simple nulidad y acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en un lapso máximo de 30 días luego de la publicación del presunto acto ilegal, el cual me permito señalar:

“ARTICULO 32. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

"Artículo 87. De las controversias contractuales. (...)

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato (...) (cursiva y subrayado fuera del texto)

Así mismo el artículo menciona que frente a la misma acción la puede interponer el Ministerio público o cualquier tercero interesado, en los siguientes términos

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

El Doctor Ernesto Matallana nos dice acerca del tema “en cuanto a los efectos de la nulidad de los actos previos que sustentaron el procedimiento de selección distinto a la licitación pública, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, se entiende que operan hacia el futuro, es decir, desde el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad del procedimiento irregular”¹⁰

Ahora bien referente de la nulidad y restablecimiento cuando ya se haya suscrito el contrato el mismo artículo señala

“ARTICULO 32. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:
"Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas (...)"

Con este mecanismo se asegura que cualquier contrato suscrito irregularmente podrá solicitar su nulidad y el restablecimiento del derecho, si por ejemplo si por producto de dicha irregularidad hubiera ganado otra oferta, y de no haberse

¹⁰ MANTALLANA CAMACHO, Ernesto, manual de la contratación de la administración pública, Universidad externado, segunda edición , pagina 1073.

incurrido en ello la segunda oferta hubiera ganado esta es la que pide se restablezca el derecho o indemnice

En conclusión el mecanismo idóneo para atacar un contrato estatal o un acto previo administrativo que contenga causal de nulidad es la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, como lo vimos anteriormente por disposición legal y por encontrar que dichas acciones son los mecanismos idóneos para atacar la legalidad de un acto administrativo, son las acciones que deberán interponerse

12 ACCIÓN CONTRACTUAL ES EL MECANISMO INADECUADO PARA DECLARAR NULIDAD EN CONTRATO ESTATAL

Los actos que se dictan dentro de la etapa contractual del procedimiento administrativo de contratación, son de naturaleza unilateral, lo que significa que el control de legalidad de los mismos, sea idéntico al que se surte para los demás actos administrativos; es decir, que se deberían ejercer a través de las acciones de legalidad (nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho) y no por intermedio de la acción contractual, como lo consagra el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, por ser la acción contractual de carácter indemnizatorio, el control de legalidad no debe efectuarse por intermedio de ella, ya que se está desnaturalizando la misma, en la medida que no se trata de una acción de legalidad y que dichos actos administrativos tienen la misma naturaleza que los demás actos y en esta medida deben correr la misma suerte en cuanto a su control.

El hecho de que los actos contractuales se dicten dentro del procedimiento administrativo de contratación y que de una u otra manera se dicten como consecuencia del contrato, no implica que su control sea diferente a la generalidad de actos administrativos.

Los actos de la etapa contractual, se impugnan separadamente del contrato, lo que significa que la acción contractual no es la adecuada para su control, pero si

se impugnaran conjuntamente, tampoco sería pertinente utilizarla, pues el contrato también es acto administrativo.

13 REVOCATORIA DIRECTA Y ACCIÓN DE LESIVIDAD

Si el funcionario tiene conocimiento que algún acto administrativo dictado por él tiene una causal de revocación directa deberá declararla de oficio, dejando sin efectos su propio acto administrativo, las causales de revocación se encuentran en el artículo 69 del CCA, de la siguiente manera:

“ARTICULO 69. CAUSALES DE REVOCACION. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. “

En el artículo 70 prohíbe que al agotar vía gubernativa se solicite al funcionario la revocación directa, esta prohibición es por economía procesal, pues frente a un acto administrativo que se haya agotado la vía gubernativa y luego de ello se admitiera que se solicite revocatoria directa, desnaturalizaría la revocatoria directa para pasar a ser una última instancia en la vía gubernativa, por esto el artículo 70 del CCA dispuso:

“ARTICULO 70. IMPROCEDENCIA. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el petionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa”

Frente a la oportunidad señala que es procedente en cualquier tiempo, siempre y cuando sea antes del auto admisorio de una demanda contenciosa, como lo señala el Art. 71 CCA

“ARTICULO 71. OPORTUNIDAD. La revocación directa podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

En todo caso, las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieran a aquellos de contenido particular y concreto en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los tribunales contencioso administrativos dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación.”

Aun si se solicita la revocatoria directa esto no revive los términos de las acciones contenciosas administrativas, según lo dispone el Artículo 72 CCA. Así mismo el artículo 74 del CCA, regula el procedimiento para realizar la revocatoria directa

No obstante si un acto no procede la revocatoria directa la administración tiene la acción de lesividad, por la cual demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo sus propios actos administrativos.

Es otra posibilidad que la administración tiene para preservar el ordenamiento jurídico, por ello no tiene término para interponer la acción.

14 CONCLUSIONES

La Administración pública debe actuar dentro de un marco constitucional, legal y reglamentario, si la administración realiza alguna actuación sin observancia de la ley, aparecen las nulidades las cuales se dividen entre nulidad absoluta, nulidad relativa y parcial, esta clasificación es según su gravedad frente a las últimas son subsanables por las partes y/o el tiempo, por en cambio la nulidad absoluta es un vicio tan grave que no permite subsanación y debe es declararse nulo el contrato o proceso administrativo pertinente devolviendo todo a su estado anterior.

Así mismo en el desarrollo del trabajo se concluye que frente a cualquier posible nulidad sea absoluta o relativa debe actuarse diligentemente, advirtiéndole a la administración con el fin que dicha actuación administrativa que tenga un vicio sea subsanado o declarada nula según sea el caso, con el fin que no produzca efectos jurídicos, puesto que al paso del tiempo sin advertir el vicio se causan situaciones más gravosas para el afectado con el acto viciado de nulidad

De la misma manera este trabajo permite la ampliación de los diferentes mecanismos y acciones judiciales, cuando exista alguna causal de nulidad en un contrato estatal o en un procedimiento para escoger el contratista, ya sea nulidad absoluta o relativa, concluyendo de esta manera que al atentar contra un derecho colectivo podría ejercerse la acción popular, si no se encuentra vulnerado un derecho colectivo deberá interponerse la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento si es el caso, de la misma manera se expuso lo inadecuado de interponer acciones contractuales, en tanto que esta no es una acción que permita sancionar la ilegalidad del contrato o procedimiento administrativo.

15. BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDADES, José Luis y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Contratación Estatal: Estudios Sobre La Reforma Del Estatuto Contractual. Ley 1150 De 2007*. Compendio, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

FRANCO GUTIÉRREZ, Omar. *La Contratación Administrativa*. Tercera edición. Editorial Abogados Librería, Bogotá, 1996

GUECHA MEDINA, Ciro Nolberto, *Contratos Administrativos: Control De Legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*, editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.

GUECHA MEDINA, Ciro Nolberto, *Derecho Procesal Administrativo*, primera parte. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010

HORMIGA, María Cristina, MOSQUERA, Carlos y LUNA Antonio. *Nuevo estatuto de contratación estatal: Estudio Ley 80 de 1995 y sus decretos reglamentarios*. Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 1996

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. *ANULACIÓN DE LO ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. Editorial Doctrina Y Ley, primera edición, Bogotá 1996

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. *Contratos Estatales*. Editorial Temis, Bogotá 2007

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual De Contratación Estatal*, Segunda edición, Universidad Externado de Colombia

MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. *La Nueva Estructura De Los Procesos Selectivos De La Contratación Estatal*. Editorial Nueva Jurídica, Bogotá, 2009

PARRA GUTIÉRREZ, William René. *Contratos Estatales*. Editorial Librería del profesional. Bogotá, 1999

RAMOS, Amparo, *Contratación Estatal: Teoría General y Especial*, Editorial Ibáñez. Bogotá, 2009

SÁNCHEZ CASTRO, Manuel, *Regulación Jurídica de la contratación Pública*. Editorial Universidad Externado, 1999

SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés, *Contratación Estatal Y Contratación En Salud En El Estado Colombiano*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado De Derecho Administrativo*. Tomo III, Editorial Universidad Externado, 2004

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Procedimiento Contractual Estatal Aplicado*. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá, 2000

SUAREZ BELTRAN, Gonzalo. *Reforma Al Estatuto General De Contratación De La Administración Público*, editorial Temis, Bogotá, 2007

SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *Comentarios a la ley 1150 de 2007*. Editorial Legis. Bogotá, 2009

SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo, *Comentarios Al Decreto 2474 De 2008*. Editorial Legis. Bogotá, 2008

SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *La Nueva Contratación Publica En Colombia*.
Editorial Legis. Bogotá, 2009

Ley 80 de 1993 régimen de la contratación estatal

Ley 1150 de 2007

Código civil colombiano artículos 149, 1524, 1741,1820,

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto.

| No. | VARIABLES | DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE |
|-----|---|--|
| 1 | NOMBRE DEL POSTGRADO | ESPECIALIZACION CONTRATACION ESTATAL. |
| 2 | TÍTULO DEL PROYECTO | NULIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES. |
| 3 | AUTOR(es) | RICARDO ARTURO HOYOS LANZZIANO. |
| 4 | AÑO Y MES | 2011 AGOSTO |
| 5 | NOMBRE DEL ASESOR(a) | Se escriben los apellidos y nombres completos del asesor(a) del proyecto designado por el Comité de Investigación. |
| 6 | DESCRIPCIÓN O ABSTRACT | El trabajo mostrado a continuación plantea cómo los contratos estatales pueden verse viciados y, en consecuencia, presentar nulidades absolutas, parciales o relativas, exponiendo que cada una tiene sus propias características y causales propias para su invocación, también aporta las diferentes vías jurídicas y acciones correspondientes para proceder al encontrar un vicio, tanto desde el punto de vista de la administración como |
| 7 | PALABRAS CLAVES | CONTRATO ESTATAL,VICIOS,REVOCATORIA DIRECTA,NULIDAD RELATIVA,ACCION DE NULIDAD |
| 8 | SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO | Sector financiero, comercio, educación, exportaciones, manufactura, servicios transporte, etc. Se recomienda consultar al DANE o Cámara de Comercio. |
| 9 | TIPO DE ESTUDIO | ENSAYO |
| 10 | OBJETIVO GENERAL | ESTABLECER LAS CLASES DE NULIDADES Y SU FORMA DE INVOCACION . |
| 11 | OBJETIVOS ESPECÍFICOS | ACTUAR DENTRO DE LO ESTABLECIDO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL. |
| 12 | RESUMEN GENERAL | El trabajo mostrado a continuación plantea uno de los inconvenientes que se presentan en la práctica de la administración pública, como lo es la Nulidad en los Contratos Estatales, la cuales en el que hacer jurídico de la administración pública son presentadas a diario, por lo mismo que hace imperiosa su comprensión. |
| 13 | CONCLUSIONES. | La Administración pública debe actuar dentro de un marco constitucional, legal y reglamentario, si la administración realiza alguna actuación sin observancia de la ley, aparecen las nulidades las cuales se dividen entre nulidad absoluta, nulidad relativa y parcial, esta clasificación es según su gravedad frente a las últimas son |
| 14 | FUENTES BIBLIOGRÁFICAS | BENAVIDADES, Jose Luis y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, "Contratación Estatal: Estudios Sobre La Reforma Del Estatuto Contractual. Ley 1150 De 2007. Compendio, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009 |

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA