

DA0031
2013
ej. 1

1323742

CLASES DE NULIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES

**AVENDAÑO LEYVA JAIRO JOAQUIN
COBA MANOSALVA GUILLERMO JOSE**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PROMOCION No. 29
BARRANQUILLA, ATLÁNTICO
AGOSTO DE 2013**

INTRODUCCION

Para nadie es un secreto que la mayoría de los servidores públicos de nuestro país están escasamente capacitados en temas sobre contratación estatal y es por ello, que regularmente incurren en situaciones que acarrearán nulidades para los contratos que ejecutan en nombre de las entidades que representan, situación que pone en peligro el orden jurídico existente. Por tales razones, se hace necesario hacer un planteamiento detallado y explicar las clases de nulidades que se pueden presentar antes de la celebración de un contrato, durante su ejecución y después de la misma.

La contratación pública no siempre ha gozado de autonomía, a lo largo de la historia, los contratos estatales se confunden con una modalidad de actos administrativos y contratos de derecho privado, por esta razón, se analizará la normativa del código civil respecto a los contratos y su nulidad.

Para el desarrollo del siguiente ensayo se hace imperioso el estudio de la nulidad desde el punto de vista del derecho privado y administrativo, teniendo en cuenta las causas que llevan a esta, en ambas situaciones.

Se hará una explicación detallada de las clases de nulidad, tales como: nulidad absoluta, nulidad relativa y nulidad parcial. El propósito con el presente ensayo es hacer un estudio integral de la nulidad en la contratación, tanto en el derecho privado (civil y comercial), como en el derecho público (ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Decreto 734 de 2012 y Decreto 1510 de 2013 y demás normas complementarias).

Se abordará el tema de las causales de nulidad tanto del derecho común y en la ley 80 de 1993 específicamente la establecida en su artículo 44 y demás normas complementarias.

Se plantearán los métodos y herramientas con las que cuenta el colombiano en general para proceder ante la mala ejecución del presupuesto público a través de los contratos estatales.

Con el presente ensayo, se busca que el lector, ya sea contratista, contratante o terceros interesados, encuentre herramientas conceptuales, suficientes y necesarias para que cuando le corresponda hacerlo, pueda alegar o solicitar una nulidad si así fuera procedente. Compartir con los lectores colombianos, que poseemos unos derechos frente a la administración y existen acciones que debemos y podemos utilizar para salvaguardar nuestros intereses con primacía sobre los intereses particulares de la administración.

NULIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Las nulidades son sanciones legales que al presentarse en un acto o contrato, este pierde sus efectos jurídicos.

Sobre esta noción, podemos señalar el concepto emitido por la Dra. Luz Inés Sandoval Estupiñan, en una conferencia sobre la eficacia e ineficacia del contrato en la cual cita el Dr. Fernando Hinestroza Forero, en una de sus obras de la siguiente manera: "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 porque se diga, mas descriptiva que fundadamente, que la nulidad opera retroactivamente, cuando en rigor, lo que sucede es 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 idóneo para producir efectos y el estado, por medio del aparato jurisdiccional y de una sentencia declarativa, dispone la privación de todo efecto, comenzando con el propio vinculo negocial y siguiendo con la eliminación de los efectos finales, en

cuanto ello sea físicamente factible y no haya un interés específico consagrado por algún precepto, en la conservación de determinado efecto personal o real del acto nulo" ¹.

Entonces denotamos de la anterior explicación el carácter de sanción que lleva intrínseca la nulidad, sanción dirigida al negocio como tal y a sus efectos jurídicos.

Larroumet Christian (1999), describe los casos en que procede la declaratoria de nulidad de un contrato, y agrega que esa sanción o dicha nulidad surge como una desatención por parte de la administración en la formación del contrato, es decir, cuando se comprueba la falta de un elemento para su validez.

El Código Civil Colombiano, en su artículo 1740 plantea lo siguiente: "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"². Como bien hemos entendido el artículo, notamos que la nulidad prospera cuando falta alguno, y no todos los requisitos que la ley exige para el contrato o acto. De esta manera se nos presenta la necesidad de establecer cuáles son esos requisitos que la ley prescribe para que en otros términos el contrato sea lícito o no esté viciado de nulidad.

El artículo siguiente, 1741 *ibidem*, estipula que existe una nulidad absoluta y otra relativa, y establece cuáles son esos requisitos para que exista la nulidad; (i) que exista objeto ilícito, (ii) causa ilícita, (iii) cuando falten alguno de los requisitos formales que la ley prescribe para cada contrato o acto específico, (iv) cuando el acto o contrato sea celebrado por persona incapaz.

¹ Sandoval, Luz Inés. (2009). *Contratación estatal y contratación en salud en el estado Colombiano*. Bogotá: Editorial Ibáñez, (pp. 321).

² Código Civil Colombiano. (2010), art. 1740- 1741. Bogotá: Editorial Legis.

El segundo inciso del mismo artículo aclara que cualquier otro vicio o especie de vicio produce nulidad relativa y dará derecho a la rescisión del contrato o acto, situación que no se produce cuando la nulidad es absoluta.

Como anteriormente lo habíamos anotado, los requisitos de validez de los contratos de acuerdo al Código Civil y de Comercio, son: i) La capacidad, ii) El consentimiento libre de vicios, iii) El objeto y causa lícita, iv) El cumplimiento de las formalidades que la ley prescribe para la validez de ciertos actos, y v) El respeto a las normas imperativas. La falta de alguno de estos requisitos es causal de nulidad como así lo estipula el artículo 1741 del C.C.

Además de las causales de nulidad que consagra el Código Civil y de Comercio, la ley 80 de 1993 o Estatuto General de la Contratación Pública en su artículo 44, recoge e integra las causales de nulidad del derecho privado con las causales de nulidad absoluta del contrato estatal en sus numerales 1,2,3,4 y 5, situaciones que también afectan la validez del contrato y estas son: i) Cuando se celebren contratos con personas incursas en causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en la constitución y la ley, ii) Cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, iii) Se celebren con abuso o desviación de poder, iv) Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, y v) 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 la ley 80 de 1993.

Las nulidades se dividen en nulidades absolutas y nulidades relativas, dependiendo del tipo de intereses que con ellas se protejan; con las primeras se trata de proteger el orden público, y con las segundas se tutelan intereses particulares.

NULIDAD ABSOLUTA

En cuanto a la nulidad absoluta, el artículo 45 de la ley 80 estipula que esta puede ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y por cualquier persona, o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación; además, agrega el artículo que en los casos de nulidad por celebrarse con persona incurso en causales de incompatibilidad constitucional o legal; o celebrarse el contrato contra expresa prohibición constitucional o legal; o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten los contratos, Así mismo, el jefe o representante legal de la entidad, deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que este se encuentre, siempre y cuando el mismo esté en ejecución³.

Esta facultad de terminar el contrato por parte de las entidades estatales prevista en el inciso 2do del artículo 45 de la ley 80 de 1993, tiene las siguientes características:

La posibilidad de que sea la propia entidad estatal quien realiza la declaración de terminación.

Pone fin al respectivo contrato, por lo tanto se requiere que el este se encuentre vigente.

El acto de declaratoria es un acto administrativo contractual, debido a que se expide con ocasión a la actividad contractual.

Expedida la terminación unilateral procede la liquidación del contrato.

Tiene control en sede judicial.

³ Ley 80 de 1993- Art. 45 (2010). Bogotá: Editorial Legis.

Cabe anotar, para que la administración ejerza esta facultad, debe hacerlo en desarrollo de los principios de buena fe y debido proceso. Además, es bueno hacer claridad y entender que las cláusulas excepcionales al derecho común y más precisamente las causales para terminar unilateralmente el contrato previstas en los artículos del 14 al 19 de la ley 80 de 1993, son totalmente diferentes a la causal para terminar el contrato unilateralmente consagrada en el artículo 45 por nulidad absoluta del contrato. La diferencia radica en que las cláusulas excepcionales del derecho en aplicación del artículo 14 en algunos casos es obligatoria, facultativa y en otros prohibida, en cambio cuando se presenten los presupuestos del artículo 45 que consagren la nulidad absoluta, la entidad estatal estará en la obligación legal de terminar el contrato y dicha facultad no depende de un pacto contractual.

Las cláusulas exorbitantes se pactan a voluntad de la administración, en cambio la terminación unilateral cuando se configura una causal de nulidad absoluta es un deber legal, la misma está obligada a declarar la terminación.

Tampoco debemos confundir la facultad de dar por terminado el contrato unilateralmente, con la facultad de declarar nulo el contrato, ya que este solo puede ser declarado nulo mediante decisión judicial y es el juez administrativo el competente.

El artículo 1741 del Código Civil, en lo que se refiere a las nulidades absolutas señala que la nulidad producida por objeto o causa ilícita o con ocasión de la omisión de algún requisito o formalidad que la ley prescribe 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 lo ejecutan o acuerdan, es nulidad absoluta. Igualmente habrá nulidad absoluta respecto de los actos y contratos con personas absolutamente incapaces.

A continuación haremos un estudio sistemático e integral sobre las causales de nulidad en el derecho común y en la ley 80 de 1993. Empezaremos por las causales de nulidad del derecho común:

Incapacidad en los contratantes: esta causal se refiere a las diversas situaciones de incapacidad tanto para el contratista como para la administración, circunstancias que afectarán sin duda alguna el negocio jurídico de nulidad absoluta o relativa.

El artículo 1503 del Código Civil estipula que toda persona se presume legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces. Se observa entonces que la capacidad es la regla general y la incapacidad legal es la excepción.

"La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí y sin el ministerio o autorización de otra"⁴. (Art. 502 del Código Civil)

El consentimiento esté viciado por error, fuerza o dolo: el consentimiento de acuerdo a lo expuesto por el Consejo de Estado (sección tercera- Subsección B, Sentencia del 26 de julio de 2012, epx. 23.605, C.P.), es un elemento muy importante e indispensable para la formación del contrato estatal y además refleja el querer o la voluntad de la persona para contratar y por ende, para ejercer derechos y contraer obligaciones. Es la acción mediante la cual una de las partes muestra su voluntad o su conformidad con el contrato. Y por lo tanto esa manifestación debe estar exenta de vicios que la puedan invalidar, tales como, el error, la fuerza y el dolo. Es decir, si esa manifestación consentida de la voluntad para celebrar un contrato estatal, está viciada o afectada por alguna de las circunstancias anteriormente mencionada (error, fuerza y dolo), la validez de ese negocio jurídico queda en entredicho y podrá pedirse que se declare su nulidad.

⁴ Código Civil Colombiano. Art. 502, 1503 (2010). Bogotá: Editorial Legis.

El artículo 1508 del Código Civil, hace referencia a los vicios del consentimiento, en particular sobre el error, podemos decir que existen varias clases del mismo: a) error sobre un punto de derecho, esta no vicia el consentimiento, b) error de hecho sobre la especie del acto o el objeto; esta clase de error si vicia el consentimiento y se presenta cuando hay un desentendimiento sobre el acto o negocio que se celebra, por ejemplo cuando una de las partes entienden que el negocio se trata de un empréstito y la otra piensa que es una donación. O sobre la identidad de la cosa sobre la que recae el negocio, por ejemplo si una de las partes vende una cosa y la otra entiende comprar otra cosa. c) error de hecho sobre la calidad del objeto, es cuando este recae sobre la calidad o sustancia del objeto sobre el cual se hace el negocio jurídico. Esta clase de error vicia el consentimiento y se da cuando por ejemplo se pretende vender una barra de plata y el comprador entiende que es otra clase de metal precioso o a la inversa. d) por ultimo tenemos el error sobre la persona; según el C.C. el error sobre la persona no vicia el consentimiento a menos que la consideración de la persona a contratar sea la causa principal del contrato, por ejemplo si esta persona tiene unas cualidades especiales y específicas que otra no posee.

La fuerza: el artículo 1513 del C.C. transcribe que la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

Persona que ejerce la fuerza: Art. 1514. Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento. La finalidad de la fuerza entonces es obtener el consentimiento de la persona sobre la que recae la fuerza, ascendientes o descendientes.

Sobre el dolo, encontramos que el artículo 1515 consagra lo siguiente: El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

Esta figura de dolo, hace contraposición al principio constitucional de la buena fe, es por esta razón que cuando se quiera alegar dolo en la celebración de un contrato, este deberá ser demostrado, ya que la buena fe se presume ante todo.

Cuando haya objeto o causa ilícita: el primero hace referencia a las prestaciones sobre las cuales recae la manifestación de voluntad en el contrato estatal y las circunstancias que validan el objeto son: a) que sea lícito; b) que exista al momento de celebrarse el contrato o que el mismo sea posible, y c) que sea determinado o determinable. Por otro lado, la causa, se asocia con el motivo que induce o impulsa a las partes a contratar y es ilícita cuando también vulnera la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Por lo tanto, cuando el objeto o la causa de un contrato estatal sea ilícito, como cuando se celebra un negocio cuyo objeto está prohibido (El caso de aquellos contratos que tengan por objeto la entrega a particulares de actividades de administración y gestión de tributos, que está prohibido por la ley 1386 de 2010.) o se legalizan hechos cumplidos (Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del 18 de febrero de 2010. Exp. 15.596. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.), tales acuerdos adolecerán de una causal de nulidad absoluta.

Cuando se incumpla una formalidad que la ley prevé para la validez de ciertos actos: su procedencia se advierte frente a aquellas disposiciones especiales de algunas leyes que exigen el agotamiento de ciertos pasos o la obtención de determinados permisos para que se entiendan válidos los contratos estatales.

Cuando se violen normas imperativas: estas normas de carácter imperativo no pueden ser violentadas con la celebración de contratos estatales, ya que si con dichos negocios se desconocen normas de calidad, se afectará la validez de dicho negocio, pudiendo ocasionar una nulidad. Así lo establece el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio Colombiano.

Cuando se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la constitución y la ley: estas son situaciones que afectan la capacidad para contratar con el estado, por esta razón, cuando una persona que contrata con el estado está incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, esta circunstancia será constitutiva de nulidad absoluta del negocio jurídico público.

Estas causales de inhabilidad e incompatibilidad las podemos encontrar en la Constitución Política de Colombia en sus artículos 127 y 180 y en la ley 80 de 1993 en su artículo 8 y 9.

Cuando se celebren contra expresa prohibición legal o constitucional: la presente causal se refiere a la situación en que se suscriban contratos estatales que estén expresamente prohibidos en la constitución o la ley, afectando la validez del negocio jurídico. El Consejo de Estado fijó los elementos de esta causal de nulidad absoluta del negocio jurídico público e incluso, ha aportado ejemplos de contratos prohibidos como la donación a particulares prevista en el artículo 355 de la Constitución Política. (Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo -

sección tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2006, Exp. 31.480, C.P. Allier Hernández Enríquez.)

Cuando se celebren con abuso o desviación de poder: el desvío de poder es un vicio general de los actos administrativos y se extiende a los contratos estatales. Este se puede presentar según Santofimio Gamboa (2003), que son aquellos eventos en los que la administración, valiéndose de sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho correspondiere de manera general, o a dicha autoridad en particular.

Por lo anteriormente expuesto, se observa que en el desvío de poder, el acto tiene una aparente legalidad, debido a que este nace cumpliendo los requisitos de legalidad, forma, procedimiento, competencia, excepto en lo que concierne a la desviación en la finalidad del acto. La desviación de poder, no es otra cosa que la intención particular, personal o arbitraria del sujeto que actúa en nombre de la administración.

La intención real de la administración debe ser la satisfacción del interés público, y no del interés de la administración ni del particular, ya que la administración puede tener un interés diferente al interés público que consagra nuestra Constitución en el artículo 1 donde se le delega a las autoridades públicas hacer valer este principio y coadyuvar a la consecución de los fines del estado y de igual forma el interés particular.

El desvío de procedimiento: por ser relevante se definirá a continuación: es la conducta irregular del administrador que logra un fin, aplicando un procedimiento equivocado, inconducente al acto de que se trata. Tal sería por ejemplo, la declaración de urgencia, en la celebración de un contrato, sólo con el ánimo de eludir la licitación pública y desalojar así a los posibles competidores del contratista agraciado.

Cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten: esta causal de nulidad absoluta, está dirigida a los actos precontractuales, es decir, los actos que se dictan antes de haberse suscrito el contrato o durante el proceso de selección del contratista, por ejemplo, el acto de adjudicación. La sentencia en firme que declara la nulidad del acto administrativo de adjudicación producto de un proceso de selección del contratista, como lo son; licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, es circunstancia suficiente para que proceda la nulidad absoluta del contrato estatal.

Esta causal de nulidad absoluta le da la oportunidad a los terceros que participaron en el proceso de selección del contratista y que no fueron adjudicatarios del contrato, de interponer pretensión contractual y solicitar con base en esta causal, la nulidad absoluta del contrato. Además, solicitar indemnización de perjuicios, ya que esta es una de las pretensiones que se pueden invocar a través de esta figura.

Recordemos que la pretensión contractual de acuerdo al artículo 141 del C.P.A.C.A. (código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo) da la posibilidad a los terceros con interés directo en el contrato (proponentes) a que hagan uso de esta pretensión, solicitando la nulidad absoluta del contrato con base en la causal 4ta del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

Si se considera que una de las causales de nulidad absoluta del contrato estatal es la declaratoria de nulidad de los actos en que se fundó el contrato, se deben definir entonces las causales de anulación de los actos administrativos.

Cuando se hubieren celebrado con desconocimientos de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la ley 80 de 1993.

Artículo 21º.- Del Tratamiento y Preferencia de las Ofertas Nacionales. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales.

Parágrafo 1º.- El Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por bienes y servicios de origen Nacional y de origen Extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales.

Por desegregación tecnológica se entiende el proceso dirigido a descomponer los proyectos de inversión que puedan implicar la contratación de bienes de procedencia extranjera, en sus diferentes elementos técnicos y económicos con el objeto de permitir la apertura de varias licitaciones para su ejecución buscando la participación de la industria y el trabajo nacionales.

Parágrafo 2º.- El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional.

Con respecto al anterior artículo es necesario precisar que son servicios de origen nacional aquellos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.

NULIDAD RELATIVA

Sobre la nulidad relativa hace referencia el artículo 46 de la ley 80 de 1993, este señala que los demás vicios que se presenten en los contratos, y no estén enumerados en el artículo 44 ibídem y los demás del derecho común constituyen, nulidad relativa; nulidad que puede sanearse por ratificación expresa por los interesados y por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho que generó el vicio. Es decir, en la ley 80 de 1993 la regla general es la nulidad relativa y la excepción será la nulidad absoluta.

De la misma manera, la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas de un contrato no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pueda existir sin la parte viciada (art. 47, ley 80 de 1993).

Así mismo, el artículo 49 de la ley 80 de 1993 estipula que 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.

CARACTERISTICAS DE LA NULIDAD RELATIVA

- No puede ser declarada por un juez sino a petición de parte.
- El ministerio público en el solo interés de la ley, no está legitimado para pedir su declaración.
- Da lugar a la rescisión del contrato.
- Una vez declarada, se retrotrae en sus efectos, y destruye o extingue el acto por regla general, desde su nacimiento y en forma general.
- Puede sanearse por la ratificación expresa o tácita de las partes con capacidad para contratar que tiene derecho a alegar la nulidad y las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que ratifica.

NULIDAD PARCIAL

Como la misma ley 80 en su artículo 47 lo indica, la nulidad parcial no es más que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas del contrato, sin que estas afecten la validez del mismo, es decir, que este pueda existir aún sin la parte viciada.

EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD

El artículo 48 de la ley 80 de 1993 dispone: 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.

Habrà 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.

Como se puede observar, la ley 80 establece el deber de la administración de reparar al contratista en el contrato declarado nulo; no importa que el contrato haya sido declarado nulo por causa u objeto ilícito, ésta deberá pagar al contratista las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria de nulidad del contrato y es suficiente que se pruebe que la administración se benefició con las actividades del contratista y ello se acreditará con la satisfacción de un interés público.

Las reglas generales contenidas en el Código Civil respecto de los efectos de la nulidad de un contrato por causa u objeto ilícito consagran lo siguiente; el artículo 1525 íbidem dice: no podrá repetirse lo que se haya pagado o dado o por un objeto o causa ilícita a sabiendas. Aquí la expresión a sabiendas se traduce en un

elemento que de presentarse, aun habiendo cumplido con ciertas prestaciones, no podrá pedir el pago de las mismas. La ley no puede proteger los actos contrarios a derecho porque se ataca el orden público y la moral.

Esto con respecto a los contratos celebrados bajo el régimen del derecho privado, diferente a lo que ocurre cuando se trata de la celebración de un contrato estatal. El artículo 48 de la ley 80 de 1993 no prevé el elemento a sabiendas, para el estatuto, siempre se podrá pedir el pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaración de nulidad del contrato siempre y cuando se cumpla dos situaciones: i) que la administración se benefició con las actividades ejecutadas por el contratista, y ii) que el beneficio le sirvió a la administración para satisfacer un interés público.

Por otro lado, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de noviembre de 2004, dictada dentro del expediente 25.560 haciendo referencia al contenido del artículo 48 de la ley 80 de 1993, expresó lo siguiente:

En resumen, para la sala el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 de 1993, establece una regla distinta a la del Código Civil, ya que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tiene lugar cuando se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Vemos entonces que la ley 80 condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo.

La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicará

únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícita a sabiendas.

Así, el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80, no conlleva derogatoria alguna de las sanciones que prescribe la legislación civil a contratos celebrados con conocimiento de violar el ordenamiento jurídico. No se infiere de su tenor literal, tampoco de una interpretación sistemática, ni siquiera de sus antecedentes que, como se advirtió, son equívocos.

Es el mismo Consejo de Estado quien contradice la jurisprudencia del 25 de noviembre de 2004, ya que este en sentencia del 17 de mayo de 2007 (Consejo de estado, sección tercera. sentencia del 25 de noviembre de 2004, expediente 25.560. M.P. Germán Rodríguez Villamizar), declaró la nulidad absoluta de un contrato estatal por objeto ilícito y se ordenó, sin tener en consideración el elemento a sabiendas, que se tramitara un incidente para reconocer los beneficios que la ejecución de ese contrato le produjo a la entidad pública contratante tal como lo prevé el artículo 48 de la ley 80 de 1993.

De la anterior decisión judicial (Sección Tercera, C. P. Germán Rodríguez Villamizar) podemos inferir que: i) el artículo 48 de la ley 80 de 1993 sólo resulta aplicable cuando las partes que celebraron el contrato anulado por objeto y causa ilícita no lo hicieron a sabiendas, y ii) el mismo artículo no deroga en materia de contratación estatal, las consecuencias jurídicas dispuestas en la legislación civil, cuando se suscriben contratos a sabiendas de que se está violando el ordenamiento jurídico.

Como lo hemos visto, no es necesario pronunciarse sobre el elemento a sabiendas para la aplicación del artículo 48.

Para nosotros, el elemento del que habla el Código Civil, no debe ser considerado en la aplicación del artículo 48 de la ley 80 de 1993 por dos razones: i) la primera es que, la ley 80 regula el tema relacionado con la contratación estatal, y los contratos regulados por esta norma, se le aplicarán las mismas y no las del derecho privado, ii) si el artículo 48 no establece el elemento a sabiendas para reconocer los beneficios obtenidos por las actividades del contratista a favor de la administración, es totalmente válido, ya que esta es una regulación especial y posterior a la del derecho privado. Por lo tanto, el artículo 48 no deroga lo dispuesto en el Código Civil, es una regulación especial que le concierne al estatuto especial de la contratación pública.

SANEAMIENTO DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO O DE FORMA⁵

La nulidad absoluta a diferencia de la nulidad relativa, puede sanearse solamente por el transcurso del tiempo al amparo de la prescripción, y no como es el caso para la nulidad relativa, la cual es saneable por ratificación expresa de las partes o por el transcurso del lapso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador de la irregularidad. Adicionalmente, el artículo 47 de la ley 80 de 1993, en aras de conservar la existencia del negocio jurídico estatal, estipula que la nulidad de una o varias de las cláusulas del contrato, no invalidará la totalidad de este, salvo que las cláusulas viciadas sean indispensables para la existencia de este.

⁵ Artículo 49, ley 80 de 1993. *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, mediante acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio.*

MECANISMOS PROCEDENTES PARA SOLICITAR LA NULIDAD DE UN CONTRATO

Los mecanismos procedentes para solicitar la nulidad de un contrato son: la pretensión de nulidad, la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, la pretensión contractual, y la acción popular.

La ley 1437 de 2011 regula estas pretensiones en sus artículos 137, 138 y 141. La acción popular por su lado está regulada por el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia.

PRETENSION DE NULIDAD Y NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La pretensión de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, opera cuando se pretenda demandar los actos precontractuales, es decir, aquellos que se profieren antes de la celebración ejecución y liquidación del contrato. El artículo 77 del a ley 80 de 1993 en su párrafo 1 se refiere al acto de adjudicación (acto precontractual o separable del contrato), y dice que contra este no procede recurso ante la vía gubernativa- recursos ante la administración- este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de acuerdo con las reglas del C.C.A.(Código Contencioso Administrativo) hoy en día se le denomina pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho y la regula el C.P.A.C.A. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) en su artículo 138.

El motivo por el cual contra el acto de adjudicación no proceden recursos, es porque estos recursos tienen efectos suspensivos y estos efectos causarían un atraso en la celebración de los contratos de la administración, rompiendo con los principios establecidos en la ley 80 y la constitución, sobre celeridad, economía, eficiencia.

El C.P.A.C.A. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) entonces deroga de manera tácita el parágrafo 1 del artículo 77 de la ley 80 de 1993, en lo referente a la pretensión que procede contra el acto de adjudicación, refiriéndose a este se hace la claridad que contra dicho acto procede la pretensión de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

Con la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, se busca anular los actos precontractuales y obtener un beneficio económico en términos de indemnización.

La pretensión de nulidad tiene un fin diferente, con ella se busca declarar la nulidad de los actos precontractuales, apuntando a la protección del régimen jurídico superior.

El artículo 164, numeral 2 literal c, del C.P.A.C.A. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) establece un término para hacer uso de las pretensiones anteriores. Dice la norma: "Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso".

Como se puede apreciar, el término para presentar pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho es el mismo para todos los casos, situación diferente ocurre con el término para presentar la pretensión de nulidad, ya que esta generalmente no caduca, pero cuando va dirigida a los actos precontractuales el término es especial.

Los titulares de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho son exclusivamente los terceros con interés directo en el proceso de selección del contratista, es decir, los proponentes u oferentes.

La pretensión de nulidad puede ser solicitada por cualquier persona, terceros, ministerio público, particulares, contra actos de carácter general y actos administrativos de carácter particular, cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

PRETENSION CONTRACTUAL

La pretensión contractual o de controversias contractuales, es un mecanismo judicial dirigido a los actos contractuales, estos son: los que se profirieren con ocasión o en desarrollo de un contrato. Acerca de esta, el artículo 141 del C.P.A.C.A. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) dispone: Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de C.P.A.C.A. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), según el caso.

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

Es la misma norma, la que establece las pretensiones que proceden a través de este mecanismo. Como es de nuestro interés, debemos señalar que además de los mecanismos establecidos en el artículo 137 y 138 *ibidem*, contamos con la pretensión contractual para solicitar la nulidad del contrato o de los actos administrativos contractuales.

El término para hacer uso de esta es de 2 años, y esta se podrá presentar desde la suscripción y perfeccionamiento del contrato, hasta dos años después de su liquidación. Los actos que se produzcan con ocasión a la actividad contractual serán susceptibles del recurso de reposición y de la pretensión contractual.

En el caso concreto, la nulidad del contrato o de los actos administrativos contractuales puede ser solicitada por: i) las partes del contrato, ii) el Ministerio Público, y, iii) los proponentes.

La legitimidad que tiene el ministerio Público para solicitar la nulidad del contrato, es restringida, ya que solo tiene facultad para solicitar la nulidad absoluta del contrato de acuerdo al artículo 44 de la ley 80 de 1993.

Los proponentes y oferentes, también llamados terceros con interés directo, tienen una legitimidad restringida. Estos solo podrán solicitar la nulidad absoluta del contrato a través de la pretensión contractual, con base en el numeral 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, en lo que se refiere a: cuando se hayan declarado nulo los actos administrativos en que se fundamente el contrato. Es decir, si algún proponente que se crea con mejor derecho para ser adjudicatario del proceso de selección, deja transcurrir los 4 meses que tiene para demandar a través de nulidad y restablecimiento del derecho, el contrato ya ha sido adjudicado y se encuentra en ejecución, tiene la posibilidad de demandar el acto de adjudicación a través de la pretensión contractual, solicitar que se declare nulo el acto administrativo de adjudicación y por ende que se dé por terminado el contrato en el estado en que se encuentre y además el pago de la indemnización que le

corresponde al proponente por las ganancias que proyectó en su propuesta y que dejó de percibir por el mal procedimiento de la administración pública.

ACCION POPULAR CONTRA LOS CONTRATOS ESTATALES

La presente acción (C.P.A.C.A. art. 144. Inciso 2: Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivo.) en diversas situaciones se puede utilizar contra los contratos estatales para demandar la protección de los derechos e intereses colectivos.

Esta acción está consagrada en la Constitución Política de Colombia, en su artículo 88 y es procedente cuando se presente para proteger el patrimonio, el espacio, la seguridad, y la salubridad pública, la moral administrativa, la libre competencia económica y otras de similar naturaleza que se definen en ella.

En materia contractual, cuando con la ejecución de un contrato se atenta contra la moralidad administrativa y el presupuesto o patrimonio público, se puede hacer uso de la acción popular para solicitar la nulidad del contrato.

Por ejemplo, se podría dar la situación en que, la administración durante de un proceso de selección, sin tener en cuenta los procedimientos de selección, se adjudica un contrato a la oferta más costosa, dicho acto de adjudicación está viciado de ilegalidad, ya que la ejecución de ese contrato conlleva a un deterioro del patrimonio público.

Al respecto ha habido una serie de divergencia en cuanto a la utilización de la acción popular como mecanismo para solicitar la nulidad de contratos estatales.

El Consejo de Estado ha planteado varias tesis dirigidas a esta situación⁶, la primera tesis plantea que el juez popular tiene la facultad de anular los contratos estatales, la segunda tesis o línea jurisprudencial se opone a la anterior, establece que el juez popular no está habilitado para anular los contratos estatales, y la tercera línea jurisprudencial es una posición mixta.

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

Esta primera posición, acepta la procedencia de la acción popular contra la nulidad los contratos estatales.

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

La segunda línea jurisprudencial no acepta la procedencia de la acción popular para solicitar la nulidad de un contrato estatal, el Consejo de Estado plantea que debe evitarse que a través de la utilización de las acciones populares se resuelvan situación de carácter contractual y se deje de utilizar los mecanismos adecuados

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencias del 31 de octubre de 2002. Exp. A.P.518. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Exp. A.P. 537. C.P. Maria Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 5 de octubre de 2005. Epx. A.P. 01588. C.P. Ramiro Saavedra.

⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencias del 5 de octubre de 2005. C.P. Hoyos Duque

como la pretensión contractual, de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, debido a que la acción popular no tiene término de caducidad, su utilización podría ser una estrategia cuando los términos de las anteriores pretensiones hayan caducado, desviando la finalidad de la acción popular.

Al respecto, la Corte Constitucional (Sentencia C-088 de 2000), se pronunció de la siguiente manera: "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 le corresponden y que son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo".

La tercera línea jurisprudencial señala que, es procedente una acción popular cuando el derecho que se vulnera con la ejecución del contrato, es colectivo. De igual forma y pese a este acontecimiento, el juez debe tener en cuantos algunos aspectos, como la no utilización de la acción popular por el hecho de haberse vencido los términos de las otras acciones, y este tendrá la facultad de suspender el contrato y proferir fallo al respecto.

Es notable la importancia que tiene la acción popular frente a la administración y su manera de invertir el patrimonio público, lastimosamente es muy poca la utilización que se hace de este mecanismo y la conciencia que existe sobre sus beneficios y efectos.

CONCLUSIONES

- Las nulidades son falencias en el procedimiento de los contratos administrativos, las cuales se dan en el momento de expedir un acto jurídico o celebrar algún negocio jurídico, se encuentra entonces que estas irregularidades pueden ser en el procedimiento, en cuanto a la finalidad del acto o contrato, irregularidad en la voluntad de la administración, mal empleo de las facultades que le otorga la constitución a los servidores públicos. Estas también se pueden dar cuando la administración o el administrador o representante legal de la administración, tiene intereses particulares y no interés público.
- Que las causales de nulidad absoluta están contempladas en el derecho común o privado, y en el derecho público, más específicamente en la ley 80 de 1993.
- La facultad que la ley 80 de 1993, le otorga a la administración de dar por terminado el contrato unilateralmente, no es igual a la facultad de declarar la nulidad. La nulidad solo es declarada mediante decisión judicial.
- Se observa también que la misma ley 80 de 1993, le otorga a la administración la posibilidad de corregir esas irregularidades para que no se conviertan en nulidades, ya que estas pueden ser subsanadas mediante ratificación expresa de las partes, o mediante acto motivado por parte de la administración cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen.
- La nulidad absoluta se subsana de acuerdo a las reglas de la prescripción, es decir, con el pasar del tiempo; la nulidad relativa se subsana por ratificación expresa de las partes o con el transcurso de dos años (2) a partir de la ocurrencia del hecho que ocasionó la nulidad.

- Que el elemento a sabiendas en el artículo 48 de la ley 80 de 1993 no se tiene en cuenta al momento de cancelar el monto de los beneficios obtenidos por la administración con la actividad del contratista.
- En el presente ensayo se hizo mención a la importancia que tiene la acción popular frente al manejo de los presupuestos de la administración a través de los contratos estatales. Este es un llamado para que la sociedad en general, reaccione frente al estado, que aprendan a utilizar los mecanismos que la constitución nos ofrece, y entiendan la importancia de participar en la inversión del presupuesto que nos corresponde, ya que somos todos contribuyentes de alguna u otra forma.

BIBLIOGRAFIA

- Artículo 1508 y ss del Código Civil Colombiano, Bogotá (2010).
- Código Civil Colombiano, art. 1740- 1741, Bogotá (2010).
- Consejo de Estado - sección tercera- Subsección B, Sentencia del 26 de julio de 2012, epx. 23.605, C.P. Danilo Rojas Betancourt.
- Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Exp. 15.596. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, -Sala de lo Contencioso Administrativo - sección tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006, Exp. 31.480, C.P. Allier Hernández Enríquez.
- Consejo de estado, sección tercera. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, expediente 25.560. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencias del 31 de octubre de 2002. Exp. A.P.518. C.P. - Hoyos Duque Ricardo. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Exp. A.P. 537. C.P. Maria Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 5 de octubre de 2005. Epx. A.P. 01588. C.P. Ramiro Saavedra.
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Sentencias del 5 de octubre de 2005. C.P. Hoyos Duque.
- Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2000.
- Larroumet, Cristian. (2009). *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Editorial Temis, volumen I, reimpresión.
- Ley 1386 de 2010.
- Mantalla Camacho, Ernesto. (2013). *Manual de contratación de la administración pública*. Editorial Temis.
- Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando. *Los contratos estatales en Colombia*. Librería jurídica Sánchez R Ltda.

- Sandoval Estupiñán, Luz Inés. (2009). *Contratación estatal y contratación en salud en el estado Colombiano*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Sección tercera, exp. AP-00369. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.