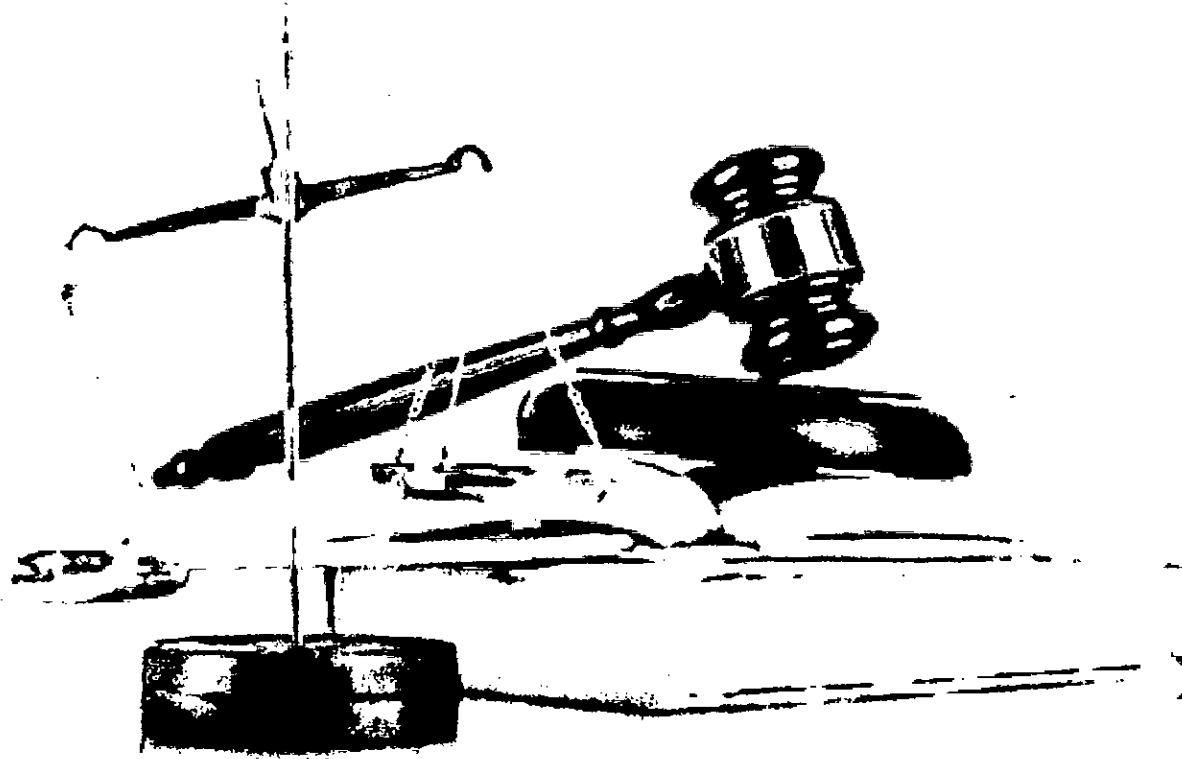


BOLETÍN JURÍDICO No 2

JULIO 24 DE 2019

DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO SECRETARÍA JURÍDICA Y DE CONTRATACIÓN



CARLOS EDUARDO OSORIO BURITICA
Gobernador

CIELO LÓPEZ GUTIÉRREZ
Secretaría Jurídica y de Contratación

Contenido

.....	1
GARANTÍAS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	4
1) ¿QUE SON LAS GARANTÍAS?.....	4
2) TIPOS DE GARANTÍAS Y COBERTURA.....	4
3. ¿TODOS LOS CONTRATOS ESTATALES DEBEN ESTAR CUBIERTOS POR UNA GARANTÍA?	4
4. ¿CUÁLES RIESGOS SE DEBEN CUBRIR MEDIANTE GARANTÍAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN?.....	4
5. ¿CÓMO SE HACEN EFECTIVAS LAS GARANTÍAS?.....	5
EL CONTRATO DE SEGURO	6
6. PARTES Y BENEFICIARIOS.....	6
7. CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO.	6
8. PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO	7
PATRIMONIO AUTÓNOMO.....	7
9. ¿EN QUÉ CONSISTE EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL EN GARANTÍA?	7
10. PARTES Y BENEFICIARIO.	7
11. ¿QUÉ CLASE DE BIENES O DERECHOS PUEDEN TRANSFERIRSE AL PATRIMONIO AUTÓNOMO?	7
12. REQUISITOS O ASPECTOS QUE DEBE INCLUIR EL CONTRATO FIDUCIARIO	8
13. ¿CUÁLES NORMAS APLICAN AL CONTRATO DE FIDUCIA EN GARANTÍA A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES?	8
GARANTÍAS BANCARIAS Y CARTAS DE CRÉDITO STAND BY	9
14. ¿CUÁLES REQUISITOS DEBEN CUMPLIR LAS GARANTÍAS BANCARIAS?	9
15. ¿CÓMO SE DEBE COBRAR UNA GARANTÍA BANCARIA O CARTA DE CRÉDITO STAND BY?	9
NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES	10
16. NULIDAD ABSOLUTA.....	10
16.1 NULIDAD ABSOLUTA EN CONTRATOS ESTATALES.....	10



16.2 LEGITIMACIÓN 12

16.3 NULIDAD POR OBJETO Y CAUSA ILÍCITA 13

16.4 SANEAMIENTO 13

16.5 NULIDAD RELATIVA 13



GARANTÍAS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1) ¿QUE SON LAS GARANTIAS?

Las garantías contractuales son instrumentos de cobertura de algunos riesgos comunes en los procesos de contratación que pueden ser identificados por las Entidades Estatales en la etapa de planeación de los Procesos y que pueden hacerse efectivas en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.

Para asegurar una correcta ejecución del proyecto y del contrato en el tiempo previsto por la Entidad Estatal, esta debe realizar una planeación juiciosa de todas las actividades que deben desarrollarse en las diferentes etapas del Proceso de Contratación y de ejecución del contrato, esto comprende, las condiciones en las que debe ejecutarse el contrato, las obligaciones del contratista o ejecutor del proyecto, plazos y actividades, análisis del riesgo y mecanismo de cobertura de los mismos.

2) TIPOS DE GARANTÍAS Y COBERTURA

Los oferentes o contratistas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones frente a Entidades Estatales en Procesos de Contratación pueden otorgar: (i) contratos de seguro, (ii) fiducia mercantil de garantía o (iii) garantías bancarias o cartas de crédito stand by.

La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las establecidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.1. a 2.2.1.2.3.1.19., del Decreto 1082 de 2015.

3. ¿ TODOS LOS CONTRATOS ESTATALES DEBEN ESTAR CUBIERTOS POR UNA GARANTÍA?

Todos los Riesgos identificados por las Entidades Estatales pueden cubrirse a través de los instrumentos de garantía descritos. En las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la Entidad Estatal debe justificar la necesidad de exigir o no la constitución de garantías. En las demás modalidades de selección son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta y cumplimiento. La garantía de responsabilidad civil extracontractual es obligatoria en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza la Entidad Estatal lo considere necesario, con ocasión de los Riesgos del contrato.

4. ¿ CUÁLES RIESGOS SE DEBEN CUBRIR MEDIANTE GARANTÍAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN?

En función de las fases del Proceso de Contratación, los riesgos que se deben cubrir mediante garantías son:

1. Selección: El oferente debe otorgar garantía de seriedad de la oferta amparando los siguientes eventos:

- No ampliación de la vigencia de la garantía cuando el plazo para la adjudicación o suscripción del contrato sea prorrogado, siempre que esa prórroga no exceda de tres (3) meses.
- Retiro de la oferta después de vencido el plazo para su presentación.
- No suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.



- La no constitución de la garantía de cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.

2. Contratación y ejecución: En esta fase la garantía debe cubrir los Riesgos derivados del incumplimiento del contrato. Además, esta garantía puede cubrir todos o algunos de los siguientes amparos según las condiciones del objeto del contrato, los cuales pueden tener diferentes cuantías y plazos de cobertura:

- Buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- Devolución del pago anticipado.
- Cumplimiento del contrato.
- Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. En el caso del amparo de pago de obligaciones laborales, el garante está obligado a pagar la indemnización de estos perjuicios en la medida que se afecte el patrimonio de la Entidad Estatal asegurada, es decir, el amparo no se puede afectar para pagar las obligaciones laborales que ha incumplido el contratista si los empleados de éste no han reclamado su pago a la Entidad Estatal. Durante la etapa de ejecución del contrato también pueden presentarse daños a terceros con ocasión de esa ejecución que pueden ser causados por el contratista o sus subcontratistas o dependientes. Ese riesgo debe ser cubierto con una póliza de responsabilidad civil extracontractual.

3. Obligaciones posteriores a la ejecución: En esta fase se cubren los Riesgos que se presenten con posterioridad a la ejecución del contrato y sus amparos son:

- Estabilidad y calidad de la obra.

- Calidad del servicio.

Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. El amparo de calidad del servicio tiene por objeto cubrir los perjuicios derivados de la prestación deficiente del servicio contratado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de los siguientes eventos: mala calidad o la insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de servicios y mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato. Si la falta de calidad se presenta durante la ejecución del contrato, el amparo que debe afectarse no es éste sino el de cumplimiento.

El amparo de calidad del servicio es aplicable tanto en contratos de ejecución sucesiva, por ejemplo en contratos de aseo y cafetería, como de ejecución instantánea, por ejemplo contratos para la realización de los diseños. Este amparo opera después de terminado el amparo de cumplimiento.

5. ¿CÓMO SE HACEN EFECTIVAS LAS GARANTÍAS?

De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.19. Del Decreto 1082 de 2015 las garantías que respaldan el cumplimiento de un contrato pueden hacerse efectivas cuando se presenta un incumplimiento en las obligaciones pactadas, que da lugar a la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato y la efectividad de la cláusula penal cuando proceda; así como a la imposición de multas. Si existe incumplimiento, la Entidad Estatal debe expedir un acto administrativo que lo declare. En los procedimientos administrativos sancionatorios o conminatorios la Entidad Estatal debe vincular al contratista y al asegurador del contrato. Cuando la garantía es un patrimonio autónomo, una garantía bancaria




o una carta de crédito stand by no es necesario que la Entidad Estatal vincule a la fiduciaria o al emisor al procedimiento sancionatorio o conminatorio. Cuando se trata de oferentes plurales como consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura, la garantía debe cubrir a todos sus integrantes. Igualmente, la notificación del incumplimiento debe vincular a todos sus miembros.

EL CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro contenido en una póliza sólo puede ser suscrito por compañías aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Financiera. En consecuencia, no son contratos de seguro las fianzas u otros instrumentos expedidos por compañías de fianzas generales y demás entidades no sujetas a dicha inspección y vigilancia. Hacen parte del contrato de seguro los anexos y soportes de la póliza. La Entidad Estatal debe solicitar la garantía con dichos documentos para su aprobación.

6. PARTES Y BENEFICIARIOS

Las partes del contrato de seguro en los procesos de contratación son:

1. tomador/garantizado: es el oferente y/o contratista cuyas obligaciones se garantizan con ocasión de la presentación de la oferta y/o celebración de un contrato con una entidad estatal.

2. aseguradora: es la entidad aseguradora vigilada por la superintendencia financiera a quien el oferente y/o contratista traslada el riesgo. Ese riesgo puede ser asumido conjuntamente por varias aseguradoras (coaseguro).

7. CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO.

Las condiciones generales del contrato de seguro contenido en una póliza son las siguientes:

- La razón o denominación social del asegurador.
- La identificación del tomador: es la persona que suscribe el contrato de seguro.
- Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador.
- La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar una y otras.
- La suma asegurada o el modo de precisarla.
- La prima o el modo de calcularla de acuerdo a la nota técnica aplicable y la forma de pago.
- Los riesgos que el asegurador toma a su cargo.
- La fecha en que se expide y la firma manuscrita, mecánica o electrónica del asegurador.
- Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.
- Solicitud del seguro firmada por el tomador.
- Anexos, exclusiones, definiciones y en general todos aquellos condiciones generales que hayan sido pactadas en el contrato de seguro.

Cuando las anteriores condiciones no aparezcan de manera expresa en el contrato de seguro contenido en una póliza, las condiciones aplicables al contrato son las que la compañía aseguradora haya presentado ante la Superintendencia Financiera para el ramo,



amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo. Es responsabilidad de las Entidades Estatales verificar todas las condiciones aplicables al contrato de seguro que incluyen las cláusulas y condiciones de los documentos adicionales.

8. PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO

El acto administrativo que declara el incumplimiento debe estar en firme antes del término de prescripción de la acción del contrato de seguro. La prescripción es ordinaria o extraordinaria. La ordinaria es de dos (2) años y se cuenta a partir del momento en que la Entidad Estatal tiene o debe tener conocimiento del hecho. La extraordinaria es de cinco (5) años, que se cuentan desde la ocurrencia del siniestro. La Entidad Estatal debe tener en cuenta que el acto administrativo que declare la caducidad o imponga multas es constitutivo del siniestro y debe proferirse dentro de la vigencia de la garantía.

PATRIMONIO AUTÓNOMO

9. ¿EN QUÉ CONSISTE EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL EN GARANTÍA?

Es el contrato que celebra el oferente, contratista o un tercero como fideicomitente con una sociedad fiduciaria para la transferencia de la propiedad de uno o más bienes o derechos con los cuales se integra un patrimonio autónomo, a fin de garantizar con ellos o con el producto de los mismos las obligaciones del oferente o contratista con la Entidad Estatal beneficiaria de dicho patrimonio. En el patrimonio autónomo los bienes o derechos se mantienen separados de los que correspondan a la sociedad fiduciaria y a otros negocios fiduciarios con la finalidad de que sirvan de garantía. Cuando se presenta un

incumplimiento del oferente o contratista la Entidad Estatal debe declararlo, para lo cual debe seguir el procedimiento que la ley establece. Una vez la Entidad Estatal lleve a cabo este procedimiento procede al cobro de la garantía a través del mecanismo de ejecución de la garantía que se prevé en el mismo contrato de fiducia mercantil.

10. PARTES Y BENEFICIARIO.

Son partes en el contrato de fiducia mercantil en garantía:

1. El fideicomitente, es decir, el contratista u oferente con el cual una Entidad Estatal ha celebrado un contrato y cuyas obligaciones se garantizan con la fiducia en garantía. Un tercero puede también aportar activos como fideicomitente a un patrimonio autónomo para garantizar las obligaciones del oferente o contratista.

2. La sociedad fiduciaria es la entidad de servicios financieros autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia y sujeta a su inspección y vigilancia.

El beneficiario en el contrato de fiducia mercantil en garantía es la Entidad Estatal, en cuyo favor se celebra.

11. ¿QUÉ CLASE DE BIENES O DERECHOS PUEDEN TRANSFERIRSE AL PATRIMONIO AUTÓNOMO?

De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.3.2. Del Decreto 1082 de 2015, solamente son aceptables como garantía a favor de una Entidad Estatal, los patrimonios autónomos conformados con los siguientes bienes y derechos:

1. Valores que pueden conformar los fondos de inversión colectiva, o la participación individual del contratista en los fondos. La Entidad Estatal



reconoce para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el noventa por ciento (90%) del monto de tales valores.

2. Inmuebles libres de limitaciones de dominio con un valor superior a 2.000 SMMLV, que generen rentas en un (1) año por valor mayor al 0.75% mensual del precio de realización según avalúo realizado por un experto. Estas rentas no pueden estar a cargo del contratista garantizado y deben hacer parte del patrimonio autónomo. La Entidad Estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el 70% del valor del avalúo de los bienes inmuebles fideicomitados.

12. REQUISITOS O ASPECTOS QUE DEBE INCLUIR EL CONTRATO FIDUCIARIO

1. El fideicomitente debe ser el oferente o el contratista o quien esté dispuesto a garantizar sus obligaciones y tenga la facultad para hacerlo.

2. La Entidad Estatal que contrata debe ser el beneficiario del patrimonio autónomo.

3. La obligación de la sociedad fiduciaria de realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitados, o la adopción de las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación.

4. El deber de la sociedad fiduciaria de hacer periódicamente u ordenar las valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo para velar por la suficiencia e idoneidad de la garantía. El oferente o contratista es el obligado a pagar el costo de los avalúos, sin perjuicio de las retenciones que realice la fiduciaria sobre las rentas periódicas que produzcan los bienes hasta por el tres por ciento (3%) del avalúo del bien o valor, en la proporción y para los fines de que trata el artículo 2.2.1.2.3.3.6. del Decreto 1082 de 2015.

5. La sociedad fiduciaria debe avisar a la Entidad Estatal y al fideicomitente dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en la que tiene noticia de la insuficiencia del patrimonio autónomo para el pago de las obligaciones garantizadas y exigir al fideicomitente el reemplazo o aumento de los bienes fideicomitados para la suficiencia de la garantía.

6. La obligación del fideicomitente de reemplazar o aumentar los bienes fideicomitados dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a la solicitud que haga la sociedad fiduciaria.

7. El procedimiento a seguir para el reemplazo de bienes o para la incorporación de nuevos bienes al patrimonio autónomo.

8. El procedimiento a seguir en caso de incumplimiento del oferente o del contratista.

9. Las obligaciones de la sociedad fiduciaria, incluyendo las de custodia y administración de los bienes, verificación periódica del valor del patrimonio autónomo, rendición de cuentas e informes periódicos.

10. La forma como procede la dación en pago de los bienes fideicomitados, para lo cual es necesario que haya transcurrido más de un (1) año desde la fecha en la cual la Entidad Estatal solicitó a la sociedad fiduciaria ejecutar la garantía y no ha sido posible realizar los bienes fideicomitados. Entidad Estatal debe recibir la dación en pago por el cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado, sin perjuicio de que persiga el pago del perjuicio que no haya sido integralmente pagado.

13. ¿CUÁLES NORMAS APLICAN AL CONTRATO DE FIDUCIA EN GARANTÍA A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES?

- Decreto 1082 del 2015.
- Código de Comercio, artículos 1226 y siguientes.
- Ley 1676 de 2013, artículo 77, sobre garantías mobiliarias, únicamente en lo referente al registro, la oponibilidad y la



restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario.

- Ley 1116 de 2006.
- Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia.

GARANTÍAS BANCARIAS Y CARTAS DE CRÉDITO STAND BY

Las garantías bancarias y las cartas de crédito stand by son compromisos irrevocables, abstractos e incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una obligación determinada.

La entidad financiera emisora no puede incluir en este tipo de instrumentos condiciones, procedimientos judiciales previos o excepciones para el pago con fundamento en circunstancias que provienen de la relación contractual entre la Entidad Estatal y el contratista.

El compromiso de la entidad financiera emisora es pagar al primer requerimiento del beneficiario de la garantía, por lo cual no es necesario que la Entidad Estatal demuestre que el incumplimiento efectivamente ha ocurrido y basta la manifestación de que el contratista ha incumplido. Por esto, antes de cobrar este tipo de garantías, la Entidad Estatal debe llevar a cabo el procedimiento previsto por la ley para declarar el incumplimiento respecto del oferente o contratista.

14. ¿CUÁLES REQUISITOS DEBEN CUMPLIR LAS GARANTÍAS BANCARIAS?

1. Una entidad financiera autorizada debe expedir la garantía. En Colombia están facultados a emitir garantías bancarias: a) los bancos, b) las corporaciones financieras y c) las

compañías de financiamiento habilitados para operar por la Superintendencia Financiera. Por otra parte, únicamente los bancos y las corporaciones financieras están autorizados a emitir cartas de crédito stand by.

2. La garantía debe cumplir las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus normas reglamentarias. La entidad financiera emisora es el principal responsable de verificar el cumplimiento de estas condiciones.

3. La garantía debe ser irrevocable. Las cláusulas que indican de cualquier forma que la garantía se puede revocar no son aceptables. Si la garantía no tiene indicación alguna que indique que se puede revocar, se entiende que es irrevocable.

4. El emisor debe haber renunciado al beneficio de excusión que es el beneficio que tienen los garantes para que se le cobre en primer lugar al deudor principal y después al garante. Para que opere esta renuncia basta que la garantía establezca que el emisor renuncia al beneficio de excusión.

15. ¿CÓMO SE DEBE COBRAR UNA GARANTÍA BANCARIA O CARTA DE CRÉDITO STAND BY?

La Entidad Estatal debe cobrar la garantía mediante una comunicación dirigida al emisor en la que manifiesta que el oferente o contratista está incurrido en incumplimiento y que solicita el pago correspondiente. Para el cobro no es necesario aportar el documento original en que consta la garantía.

La Entidad Estatal debe revisar que la forma en que solicita el pago cumple el procedimiento previsto en el texto de la garantía y anexar si es necesario, los documentos que requiere el cobro tales como aquellos en que se acredita la representación legal de la Entidad Estatal.



El cobro de la garantía debe efectuarse dentro del plazo de vigencia establecido. En este tipo de instrumentos son usuales las cláusulas que indican que el vencimiento de la vigencia de la garantía también implica el vencimiento de la oportunidad para cobrarla. En consecuencia, la Entidad Estatal debe verificar que el cobro se hace oportunamente dentro del término previsto por el emisor. Si la garantía no se cobra dentro del término previsto, la obligación del emisor o garante se extingue.

Elaboró: Luis Felipe Rodríguez Restrepo – Abogado Contratista – Secretaría Jurídica y de Contratación.

Webgrafía: www.colombiacompra.gov.co

NULIDAD DE LOS CONTRATOS ESTATALES

La nulidad, según la doctrina, constituye un castigo o sanción civil que se impone por la omisión de los requisitos que la ley considera indispensables para la validez de los actos o contratos. La nulidad se identifica con la invalidez del acto o contrato, la nulidad puede ser absoluta o relativa. La primera se dirige a proteger el interés público o general de la sociedad, pues está destinada a castigar lo ilícito, es decir, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público. La segunda protege el interés privado o particular, sin embargo, es posible encontrar casos en los que los dos intereses -privado y público- se encuentran comprometidos, cuando se trata de la defensa de los incapaces.

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.

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 del acto administrativo.

16. NULIDAD ABSOLUTA

La naturaleza jurídica de la nulidad absoluta es insaneable, esta es la que protege el interés público o general de la sociedad, está dirigida 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.

16.1 NULIDAD ABSOLUTA EN CONTRATOS ESTATALES

Lo anteriormente expuesto son las bases del derecho privado dirigidos al derecho público, ahora en lo concerniente al tema de contratos estatales, la ley 80 de 1993, amplía en su artículo 44 y 45, sobre la nulidad absoluta, lo siguiente:

“Artículo 44°.-



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

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 45°.-

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."

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.

- **OBJETO ILÍCITO**

Es todo aquello que contraviene el derecho público del Estado, es lo que no esté conforme con la ley, el orden público y las buenas costumbres.

- **CAUSA ILÍCITA**

Entendiendo que la causa hace relación con los motivos que inducen a la celebración del contrato, su ilicitud se predica de todos los casos en que es prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Para que se predique la nulidad del contrato, los motivos deben ser conocidos por las partes.

- **FALTA DE PLENITUD DE LA FORMA SOLEMNE**

El vicio que genera la nulidad no es la ausencia de la solemnidad que la ley establece para la existencia de los contratos, sino la realización inapropiada de la solemnidad exigida (CC art. 1500 y 1760).

- **INCAPACIDAD ABSOLUTA**

Aunque sería casi imposible, con una comprobada negligencia que comportaría la nulidad absoluta por la celebración de un contrato estatal con un menor impúber o con un demente.



16.1.1 CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA

LOS CELEBRADOS CON PERSONAS INCURSOS EN CAUSAL DE INHABILIDAD O INCOMPATIBILIDAD

Se trata de los contratos que se celebren pretermitiendo las prohibiciones para contratar que establece la Ley 80 de 1993, respecto de las inhabilidades e incompatibilidades.

SE CELEBREN CONTRA EXPRESA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL O LEGAL

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es, que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional, es menester que haya una violación del régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una norma imperativa conduce a estructurar la causa, explica la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En ese sentido, si se desacata una norma que manda, es decir, una norma que contiene una prohibición genérica o implícita del estatuto contractual (o, lo que es lo mismo, una norma que imperativamente ordena, aunque no prohíbe expresamente), el contrato será nulo por violar el régimen legal, pero la causal no será la referida del numeral 2°, sino una diferente según el caso.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 contiene la prohibición expresa de eludir los procedimientos previstos en la ley para seleccionar al contratista, es evidente que, por regla general la elusión o cambio de tales procedimientos debe ser concluido con la nulidad absoluta del contrato.

SE CELEBREN CON ABUSO O DESVIACIÓN DE PODER.

No se refiere a un vicio propio de un acto administrativo que le sirve de fundamento al contrato, sino del caso en que el contrato mismo configura un abuso o desviación de poder.

Para la configuración de la causal de nulidad, se tiene como fundamento el abuso o desviación de poder, se requiere que la atribución de que está investido un funcionario, se ejerza, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes.

La desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejerce, no con el fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto y quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción.

16.1.2 SE DECLAREN NULOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN QUE SE FUNDAMENTEN

La causal de nulidad (art. 44 núm. 4) en la actualidad hay que interpretarla teniendo en cuenta lo dispuesto por la Ley 446 de 1998, donde se infiere que será procedente en los casos en que conforme a sus regulaciones, el acto de selección o de adjudicación se demanda directamente sin necesidad de hacer lo mismo respecto del contrato.

16.2 LEGITIMACIÓN

Con la ley 80 de 1993, se produjo un cambio respecto del tema de la legitimación para invocar la nulidad que consagra el artículo 1742 del Código Civil. Sin embargo, la Ley 446 de 1998 retornó a lo dispuesto en el citado código, con lo cual se modificó la Ley 80 de 1993. Por



lo tanto la nulidad absoluta puede ser pedida por cualquier persona interesada.

16.3 NULIDAD POR OBJETO Y CAUSA ILÍCITA

Por regla general, la declaratoria de nulidad vuelve las cosas a su estado anterior a la celebración del contrato, salvo cuando proviene de objeto o causa ilícita (art. 1525 CC), este principio fue modificado de manera parcial por la Ley 80 de 1993, al establecer en el 2 inciso art. 48, que procede el reconocimiento por prestaciones ejecutadas por un contrato con objeto o causa ilícita siempre y cuando se hubiere beneficiado el interés público.

16.4 SANEAMIENTO

Según el artículo 1742 del Código Civil, el contrato absolutamente nulo siempre puede sanearse por el transcurso del tiempo, esto es por la operancia de la prescripción extraordinaria o por ratificación expresa de las partes en los eventos de nulidad diferentes a los de objeto o causa ilícita. Esta regla es modificada por el art. 45 de la Ley 80 de 1993, que dispone que la nulidad absoluta no es susceptible de saneamiento por ratificación de las partes, por lo tanto solo puede sanearse por prescripción extraordinaria.

16.5 NULIDAD RELATIVA

El art. 45 de la Ley 80 de 1993, señala que los demás vicios que afecten la validez del contrato, generan nulidad relativa.

Ellos corresponden a los provenientes de la incapacidad relativa, de la disipación, de los vicios del consentimiento y de la lesión enorme cuando se ha establecido el efecto rescisorio del contrato.

Al igual que en el derecho civil, se establece que será saneable esta nulidad, por ratificación expresa de los interesados y por el transcurso del tiempo, sólo que a diferencia del ordenamiento civil en que se requiere de 4 años, en la Ley 80 de 1993, se alude a 2 años y mientras que en el civil el término varía según el vicio, en éste se hará a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

Respecto a la legitimación, nada preceptúa la ley 80 de 1993, para pedir la nulidad relativa del contrato, lo que implica la plena aplicación del art. 1743 CC, es decir no puede ser declarada de oficio por el juez ni la puede solicitar el ministerio público sino que puede ser alegada por la persona en cuyo beneficio se ha establecido o por sus herederos.

16.5.1. CARACTERÍSTICAS 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, que da lugar a la restitución de las partes contratantes del estado anterior cuando alguna de ellas sufra lesión con el acto o 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 tienen derecho a alegar la nulidad y las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que ratifica.



16.5.2 EFECTOS DE LAS NULIDADES

Los efectos de la nulidad son los mismos para la absoluta y la relativa. La diferencia estriba en las causales, en la legitimación y en el régimen de saneamiento.

Dicho efecto tiene que ver con que una vez se declare la nulidad, las cosas vuelvan a su estado anterior. Sin embargo, esta regla tiene excepciones, tales como:

- En los contratos de ejecución sucesiva en donde es importante retrotraer todo a su estado anterior.
- Si la causa de la nulidad es el objeto o causa ilícita según los principios del CC, no puede repetirse ni pagarse lo dado a sabiendas de la ilicitud, con la excepción que establece el art. 48 de la Ley 80 de 1993, para cuando el interés público se beneficie.
- Tampoco puede pedirse lo pagado al incapaz, salvo que se pruebe que el incapaz, se enriqueció injustificadamente.

*Elaboró: Ricardo Sergio Gonzales Marles –
Abogado Contratista – Secretaría Jurídica y de
Contratación.*

