**CCE-DES-FM-17**

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia consultiva – Límites – Interpretación normativa**

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Por ello, la Agencia no tiene atribuciones para resolver casos particulares y concretos.

Al respecto, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos. Además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

**NULIDAD SIMPLE – Medio de control – Noción – Causales**

Este medio de control, conforme al artículo 137 del CPACA, está dirigido al control de legalidad de los actos administrativos generales, a petición de cualquier persona, ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Este medio de control procede cuando la falta de correspondencia del acto enjuiciado con el ordenamiento jurídico se origina en las siguientes causales: i) falta de competencia, ii) violación al debido proceso, iii) desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, iv) falsa motivación, v) desviación de poder, o vi) por la causal de genérica de infracción a las normas en las que debió fundarse. Conforme a lo anterior, el medio de control de nulidad simple es un mecanismo judicial, mediante el que cualquier persona solicita la anulación de actos administrativos generales demostrando que estos se expidieron con violación de las normas jurídicas de superior jerarquía, lo que –una vez verificado por el juez contencioso administrativo– conduce a su anulación, lo cual tiene el efecto de retirar del ordenamiento jurídico el acto inválido, en armonía con la finalidad sustancial de restablecer el orden jurídico objetivo.

**OBSERVACIONES – Medio de control – Acuerdos municipales – Gobernadores**

[…] interesa analizar la facultad de los gobernadores para formular observaciones por razones de ilegalidad e inconstitucionalidad a los acuerdos municipales, trasladando las mismas al correspondiente Tribunal Administrativo para que este decida sobre su validez . Esta facultad, si bien se fundamenta en los artículos 117, 118 y 119 del Decreto 1333 de 1986 , también está consagrada en el artículo 305.10 de la Constitución Política de 1991 .El ejercicio de esta facultad está regulado por el Decreto 1333 de 1986, el cual dispone en los artículos 119 y 120 que corresponde a los gobernadores, dentro de los 20 siguientes al recibo del acuerdo, remitir sus observaciones al correspondiente Tribunal Administrativo acompañado de un escrito en el que se expresen lo que se demanda, los hechos u omisiones que sirvan de fundamento, las normas violadas, el concepto de su violación y la petición de las pruebas que se pretenden hacer valer.

**NULIDAD ABSOLUTA – Noción – Derecho privado**

La nulidad es considerada por la doctrina especializada como una «sanción civil» que se genera por la inobservancia de requisitos establecidos en el ordenamiento para la validez de los contratos, como se deprende del artículo 1740 del Código Civil al disponer que «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». A su vez, el artículo 1625 del Código Civil contempla la nulidad como una forma de extinción de las obligaciones.

La nulidad puede ser absoluta o relativa. En el derecho privado la nulidad absoluta se configura cuando las irregularidades producidas en el proceso de formación o en la celebración del contrato afectan uno de los elementos requeridos para su validez, esto es, cuando se presenta «la inobservancia de los mandatos constitucionales o legales, generadora de anomalías o irregularidades de fondo, inexcusables, afectan la validez del contrato y originan la nulidad del vínculo contractual porque es insanable» , lo que se presenta en los casos en los que la irregularidad está relacionada con un objeto o causa ilícita, la inobservancia de formalidades que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos o la incapacidad absoluta de alguna de las partes, como se desprende del artículo 1741 del Código Civil, el que además da el carácter de relativa a cualquier otro tipo de irregularidad.

**NULIDAD ABSOLUTA – Causal – Actos que fundamentan el contrato**

En lo relacionado con el tema objeto de consulta, se indaga sobre la causal de nulidad contemplada en el numeral 4 del artículo 44 del Estatuto General de Contratación¸ que alude a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que fundamenten el contrato, evento que acontece cuando, por ejemplo, se declara nulo el acto administrativo de adjudicación, el que ordenó la apertura del procedimiento de selección, entre otros. No obstante, la estructura de la causal obliga a que –en cada situación específica– se analice la relación del acto declarado nulo con el contrato para determinar si la decisión administrativa realmente le sirve de fundamento, ya que si, por ejemplo, lo anulado es una parte del pliego de condiciones, es necesario determinar si lo que fue declarado inválido sirvió de fundamento al contrato o no, para establecer si se presenta la causal de nulidad analizada. Así mismo sucede con la autorización para contratar que deben expedir cuerpos colegiados como los concejos municipales, asambleas departamentales o el Congreso de la República, ya que «en el evento de que tal autorización se anulara, habría que preguntarse si, en el caso concreto, era necesaria para contratar o si el alcalde, gobernador o presidente de la República podían contratar sin ella, pese a lo cual se otorgó».

[…] conforme a la doctrina y la jurisprudencia anteriormente citada, la causal de nulidad del artículo 44.4 de la Ley 80 de 1993 aplica –entre otros casos– a la declaración de invalidez de la autorización prevista en el artículo 313.3, así como la declaratoria de nulidad del acto administrativo de apertura del procedimiento de selección y el acto de adjudicación del contrato. Dentro de este marco, la entidad decide en cada caso concreto si aplica o no la causal de terminación unilateral del citado artículo 45, inciso segundo, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues –conforme a lo explicado en el numeral 2.1 del presente concepto– las atribuciones de la agencia se limitan a la interpretación de las normas generales del Sistema de Compra Pública, excluyendo la posibilidad de resolver conceptos sobre casos concretos.

 Bogotá D.C., **13/10/2020 Hora 15:43:41s**

**N° Radicado: 2202013000009730**

Doctora

**Raquel Victoria Sierra Casiani**

Alcaldesa municipal

María la Baja, Bolívar

**Concepto C – 600 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia consultiva – Límites – Interpretación normativa / NULIDAD SIMPLE – Medio de control – Noción – Causales / OBSERVACIONES – Medio de control – Acuerdos municipales – Gobernadores / NULIDAD ABSOLUTA – Noción – Derecho privado / NULIDAD ABSOLUTA – Nulidad – Actos que fundamentan el contrato |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202012000007903 |

Estimada Doctora Sierra,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 9 de septiembre de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

i. «[…] ¿En caso de que un acuerdo municipal por medio del cual se haya autorizado al respectivo alcalde a asumir obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras excepcionales y la celebración de contratos estatales asociados a dichas vigencias sea declarado inválido por el Tribunal Administrativo competente, en virtud de la figura jurídica de observaciones contemplada en el numeral 8 del artículo 118 del Decreto Nacional 1333 de 1.986, se configura la causal de nulidad absoluta contractual contemplada en el numeral 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1.993 y consecuentemente debe darse aplicación al supuesto normativo previsto en el inciso segundo del artículo 45 ibídem?».

ii) «¿O por el contrario, la causal de nulidad absoluta contractual contemplada en el numeral 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1.993 está reservada únicamente para cuando los actos administrativos en los que se fundamenta el respectivo contrato sean declarados nulos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en virtud del medio de control de nulidad contemplado en el artículo 137 del CPACA) […]».

**2. Consideraciones**

Para resolver las inquietudes planteadas, en primer lugar, se estudiará el alcance de la competencia de Colombia Compra Eficiente para resolver el tema objeto de consulta limitándose a la interpretación de las normas generales del sistema de compra pública. En segundo lugar, se abordará el control de legalidad de actos administrativos generales y sus efectos. Finalmente, se analizará la nulidad absoluta del contrato estatal en virtud de la invalidez de los actos precontractuales que lo fundamentan.

**2.1. Competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente respecto al tema objeto de consulta**

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[1]](#footnote-1). Por ello, la Agencia no tiene atribuciones para resolver casos particulares y concretos.

 Al respecto, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos. Además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

Conforme a esto, es importante tener en cuenta que la doctrina distingue entre la «interpretación en abstracto» y la «interpretación en concreto». Mientras la primera implica «[…] determinar el significado de un texto normativo, vale decir, en determinar la norma expresa en este, sin relación a ningún caso concreto»[[2]](#footnote-2), la segunda consiste en «[…] aplicar o no un supuesto de hecho individual –un “caso”– la norma previamente identificada […] en sede de interpretación en abstracto, vale decir, en *decidir si un determinado supuesto de hecho queda comprendido o no en el campo de aplicación de la norma*»[[3]](#footnote-3) (Énfasis fuera de texto).

Igualmente, la teoría de la argumentación jurídica distingue los problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación. Para estos efectos, existen *problemas de interpretación* cuando se sabe cuál es la norma aplicable, pero esta admite más de un sentido; los *problemas de relevancia* están en un momento anterior al de la interpretación e indagan si existe una norma para el caso concreto; los *problemas de prueba* se refieren a la premisa menor del silogismo jurídico; y los *problemas de calificación* son secundarios y se plantean cuando no existe duda sobre la existencia de los hechos jurídicamente relevantes y lo que se discute es si se subsumen en el supuesto de hecho de la norma[[4]](#footnote-4).

En efecto, en la consulta se solicita que esta Agencia no solo se pronuncie sobre la interpretación de la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sino que además solicita que se estudie su configuración respecto de unas circunstancias particulares, lo cual persigue un pronunciamiento que de efectuarse desbordaría la competencia de esta entidad. En esta medida, para garantizar la efectividad del derecho de petición, se abordarán los temas objeto de consulta explicando los aspectos generales de cada uno de ellos.

**2.2 El control de legalidad de actos administrativos de contenido general**

Conforme a los postulados del Estado de derecho, por un lado, «los particulares están autorizados para realizar todo aquello no prohibido por la ley» –principio de capacidad–, mientras que la otra cara indica que «las autoridades solo están autorizadas para realizar aquello para lo que las autoriza la ley» –principio de competencia–. Conforme a esto, uno de los principales presupuestos del principio de legalidad es el respeto de las normas, lo cual se traduce en que «la actividad de la Administración debe estar permanentemente sujeta al ordenamiento jurídico, esto es, que las normas que ella expida y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores»[[5]](#footnote-5).

 Para estos efectos, la más importante garantía del respeto al principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa se encuentra en el sometimiento de estas actuaciones al control judicial, pues para hacer efectivo el sometimiento de la Administración a la ley es necesaria la posibilidad de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos en sede jurisdiccional. Lo anterior tiene como fundamento la división de las funciones públicas, de forma tal que «[…] es el principio fundamental de la estructuración del poder, que postula igualmente que la Administración, que forma parte del poder ejecutivo se ajuste a lo que establecen las normas del poder legislativo, y que el poder judicial pueda controlar y verificar su cumplimiento»[[6]](#footnote-6).

A efectos de la consulta, es necesario analizar la otrora conocida acción de nulidad simple –en vigencia del derogado Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984–, hoy reconvertida en el medio de control de nulidad por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA–[[7]](#footnote-7). Este medio de control, conforme al artículo 137 del CPACA, está dirigido al control de legalidad de los actos administrativos generales, a petición de cualquier persona, ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Este medio de control procede cuando la falta de correspondencia del acto enjuiciado con el ordenamiento jurídico se origina en las siguientes causales: i) falta de competencia, ii) violación al debido proceso, iii) desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, iv) falsa motivación, v) desviación de poder, o vi) por la causal de genérica de infracción a las normas en las que debió fundarse.

Conforme a lo anterior, el medio de control de nulidad simple es un mecanismo judicial, mediante el que cualquier persona solicita la anulación de actos administrativos generales demostrando que estos se expidieron con violación de las normas jurídicas de superior jerarquía, lo que –una vez verificado por el juez contencioso administrativo– conduce a su anulación, lo cual tiene el efecto de retirar del ordenamiento jurídico el acto inválido, en armonía con la finalidad sustancial de restablecer el orden jurídico objetivo.

 Ahora, si bien este medio de control es un mecanismo judicial frecuentemente utilizado en la práctica para el control de legalidad de actos administrativos generales, no es el único dispuesto en el ordenamiento para tal fin. Al respecto, interesa analizar la facultad de los gobernadores para formular observaciones por razones de ilegalidad e inconstitucionalidad a los acuerdos municipales, trasladando las mismas al correspondiente Tribunal Administrativo para que este decida sobre su validez[[8]](#footnote-8). Esta facultad, si bien se fundamenta en los artículos 117, 118 y 119 del Decreto 1333 de 1986[[9]](#footnote-9), también está consagrada en el artículo 305.10 de la Constitución Política de 1991[[10]](#footnote-10).

 El ejercicio de esta facultad está regulado por el Decreto 1333 de 1986, el cual dispone en los artículos 119 y 120 que corresponde a los gobernadores, dentro de los 20 siguientes al recibo del acuerdo, remitir sus observaciones al correspondiente Tribunal Administrativo acompañado de un escrito en el que se expresen lo que se demanda, los hechos u omisiones que sirvan de fundamento, las normas violadas, el concepto de su violación y la petición de las pruebas que se pretenden hacer valer.

Recibido el acuerdo y el escrito correspondiente, al Tribunal le corresponde adelantar el trámite previsto en el artículo 121 del Decreto 1333 de 1986, dentro del que se contempla una fijación en lista por un término de 15 días, vencido el cual procede un período probatorio de 10 días, que seguido de un plazo de 10 días para que el despacho del magistrado ponente elabore el proyecto de decisión, respecto del cual el tribunal tendrá un término de 10 días para decidir mediante un fallo con efectos de cosa juzgada respecto a las razones de ilegalidad y/o inconstitucionalidad alegadas[[11]](#footnote-11). En relación con las normas que regulan el procedimiento en comento, la Corte Constitucional –en Sentencia de 28 de febrero del 2000– sostuvo lo siguiente:

Como puede observarse, el trámite antes descrito es el propio de un proceso público, breve y sumario, en el cual se realiza por el competente tribunal de lo contencioso administrativo un control de constitucionalidad y de legalidad sobre un acto administrativo proferido por un concejo municipal, en la forma de acuerdo. Es realmente un juicio que se hace directamente a éste con el fin de determinar su conformidad con la Constitución y la ley y, por consiguiente, su validez, dentro del cual no existen propiamente partes en sentido estricto, en la medida en que no existe una pretensión que una parte formula frente a otra[[12]](#footnote-12).

En virtud de lo anterior, la facultad de los gobernadores para solicitar la revisión judicial de los acuerdos municipales por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad se concreta en un mecanismo especial de control para este tipo de actos, a través de un trámite en el que los Tribunales Administrativos realizan el control de legalidad y constitucionalidad de los mismos, evaluando si se ajustan a las normas superiores o si, por el contrario, es necesario declarar su nulidad. De esta manera, entre el medio de control de nulidad simple regulado por el artículo 137 del CPACA y la facultad para hacer observaciones del Decreto 1333 de 1986 surgen importantes diferencias como los actos administrativos respecto de los que proceden, quienes están legitimados para presentarlos y el trámite procesal, la oportunidad para su ejercicio, entre otras[[13]](#footnote-13). Sin embargo, ambos mecanismos judiciales coinciden en que, de encontrarse fundados los motivos que los sustentan, producen la nulidad de la decisión.

Dado que –conforme a la Ley 1483 de 2011– los concejos tienen la facultad de autorizar a los municipios para asumir obligaciones contractuales con cargo a vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización[[14]](#footnote-14), se pregunta si la nulidad de la autorización puede afectar los contratos celebrados con fundamento en ella. Lo anterior, especialmente, en aquellos casos en que la invalidez de los acuerdos se deriva de la atribución de los gobernadores para solicitar la revisión judicial de los acuerdos municipales por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, y no del medio de control de nulidad simple.

En relación con este último punto, es necesario considerar que –sin perjuicio de los aspectos analizados en este apartado– la competencia prevista en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011 excluye la resolución de consultas sobre normas de carácter procesal, pues son los órganos de la rama judicial del poder público quienes deciden con criterio de autoridad sobre su sentido y alcance. Por otro lado, conforme a las atribuciones de la Agencia para resolver consultas de normas generales que regulan la contratación estatal, se hace necesario detenerse en la eventual nulidad absoluta de los contratos y las causales que dan lugar a su invalidez, tema que se abordará a continuación.

**2.3. Nulidad absoluta del contrato estatal por invalidez de los actos administrativos en que se fundamenta**

La nulidad es considerada por la doctrina especializada como una «sanción civil»[[15]](#footnote-15) que se genera por la inobservancia de requisitos establecidos en el ordenamiento para la validez de los contratos, como se deprende del artículo 1740 del Código Civil al disponer que «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».A su vez, el artículo 1625 del Código Civil contempla la nulidad como una forma de extinción de las obligaciones[[16]](#footnote-16).

La nulidad puede ser absoluta o relativa. En el derecho privado la nulidad absoluta se configura cuando las irregularidades producidas en el proceso de formación o en la celebración del contrato afectan uno de los elementos requeridos para su validez, esto es, cuando se presenta «la inobservancia de los mandatos constitucionales o legales, generadora de anomalías o irregularidades de fondo, inexcusables, afectan la validez del contrato y originan la nulidad del vínculo contractual porque es insanable»[[17]](#footnote-17), lo que se presenta en los casos en los que la irregularidad está relacionada con un objeto o causa ilícita, la inobservancia de formalidades que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos o la incapacidad absoluta de alguna de las partes, como se desprende del artículo 1741 del Código Civil, el que además da el carácter de relativa a cualquier otro tipo de irregularidad[[18]](#footnote-18).

 Tratándose de los contratos estatales el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, además de la aplicación de las causales de nulidad absoluta del Código Civil, contempla unas causales específicas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone 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 incursas 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.

 La declaratoria de nulidad del contrato estatal con fundamento en estas causales corresponde al juez contencioso administrativo, autoridad judicial ante quienes las partes o el ministerio público pueden solicitarla, y quien además está habilitado para declarar de oficio la nulidad del contrato viciado de nulidad absoluta, tal y como establece el primer inciso del artículo 45 de la Ley 80 de 1993[[19]](#footnote-19). Esta norma, en el inciso segundo, también impone una obligación a las entidades contratantes cuando en la ejecución del contrato se presenten los supuestos de hecho de las causales establecidas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, eventos en los que deberá terminar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo motivado, así como disponer su liquidación en el estado en que se encuentre.

 En lo relacionado con el tema objeto de consulta, se indaga sobre la causal de nulidad contemplada en el numeral 4 del artículo 44 del Estatuto General de Contratación¸ que alude a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que fundamenten el contrato, evento que acontece cuando, por ejemplo, se declara nulo el acto administrativo de adjudicación, el que ordenó la apertura del procedimiento de selección, entre otros. Al respecto, Palacio Hincapié explica lo siguiente:

[…] esta causal es nueva; de hecho repugnaba la idea de la validez de un contrato estatal cuando era conocida la existencia de un vicio que afectaba la validez del acto de adjudicación donde se pasó por encima de la mejor oferta, pero que por favorecer a determinado contratista, se afectó el principio de igualdad de la licitación y se le adjudicó. Lo mismo se predica si la nulidad recae sobre el acto que autorizó la celebración del contrato, o sobre el que ordenó la apertura de la contratación, etc. Es obvio que si el soporte jurídico del contrato, su fundamento, se cae, corre la misma suerte el contrato. La nulidad del contrato se puede pedir con la nulidad misma del acto impugnado, caso en el cual, la sentencia declara la invalidez de ambos; pero si sólo se solicita la nulidad del acto, se produce la nulidad virtual del contrato y debe el representante legal de la Entidad dar por terminado este, mediante un acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre (artículo 45 inciso segundo)[[20]](#footnote-20).

 No obstante, la estructura de la causal obliga a que –en cada situación específica– se analice la relación del acto declarado nulo con el contrato para determinar si la decisión administrativa realmente le sirve de fundamento, ya que si, por ejemplo, lo anulado es una parte del pliego de condiciones, es necesario determinar si lo que fue declarado inválido sirvió de fundamento al contrato o no, para establecer si se presenta la causal de nulidad analizada. Así mismo sucede con la autorización para contratar que deben expedir cuerpos colegiados como los concejos municipales, asambleas departamentales o el Congreso de la República, ya que «en el evento de que tal autorización se anulara, habría que preguntarse si, en el caso concreto, era necesaria para contratar o si el alcalde, gobernador o presidente de la República podían contratar sin ella, pese a lo cual se otorgó»[[21]](#footnote-21).

 Al respecto, los acuerdos municipales que autorizan vigencias futuras excepcionales, en aplicación del artículo 1 de la Ley 1483 de 2011[[22]](#footnote-22), reglamentado por el Decreto 2767 de 2012, evidentemente guardan una relación de importancia con los contratos suscritos con cargo a tales vigencias, pues determina los recursos que se afectaran a la ejecución del objeto. No obstante, la facultad de conceder autorización para contratar originada en el artículo 313.3 de la Constitución Política de 1991[[23]](#footnote-23), es distinta de la autorización para asumir obligaciones con cargo a vigencias futuras a la que se refiere el artículo 1 de la Ley 1483 de 2011, mientras que la primera se relaciona con el contrato al punto de condicionar la apertura del procedimiento de selección o la suscripción del contrato[[24]](#footnote-24), la segunda se refiere a la posibilidad de afectar el presupuesto de anualidades futuras.

Esta diferencia en el régimen aplicable es relevante, ya que la autorización del numeral 3 del artículo 313 superior es un acto que condiciona la legalidad de la actuación en su conjunto, por lo que su invalidez configura la causal de nulidad absoluta del numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993[[25]](#footnote-25). Por el contrario, la autorización de vigencias futuras expedida en virtud del artículo 1 de la Ley 1483 de 2011 se relaciona específicamente con los recursos requeridos para el pago de la contraprestación pactada. En ese sentido, el principal efecto de la nulidad de un acuerdo que aprueba vigencias futuras es que deja los contratos celebrados sin respaldo presupuestal, lo cual afecta tanto la disponibilidad como el registro. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de 12 de agosto de 2014, señaló que:

[…] la falta de disponibilidad presupuestal, así como la falta de registro o reserva presupuestal no afectan la validez del contrato. En particular, el incumplimiento del segundo no incide en la selección del contratista ni en la formación del contrato, se trata de un requisito de ejecución, que produce consecuencias diferentes: responsabilidad personal del funcionario que lo omite[[26]](#footnote-26).

En resumen, conforme a la doctrina y la jurisprudencia anteriormente citada, la causal de nulidad del artículo 44.4 de la Ley 80 de 1993 aplica –entre otros casos– a la declaración de invalidez de la autorización prevista en el artículo 313.3, así como la declaratoria de nulidad del acto administrativo de apertura del procedimiento de selección y el acto de adjudicación del contrato. Dentro de este marco, la entidad decide en cada caso concreto si aplica o no la causal de terminación unilateral del citado artículo 45, inciso segundo, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues –conforme a lo explicado en el numeral 2.1 del presente concepto– las atribuciones de la agencia se limitan a la interpretación de las normas generales del Sistema de Compra Pública, excluyendo la posibilidad de resolver conceptos sobre casos concretos.

**3. Respuestas**

i. «¿En caso de que un acuerdo municipal por medio del cual se haya autorizado al respectivo alcalde a asumir obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras excepcionales y la celebración de contratos estatales asociados a dichas vigencias sea declarado inválido por el Tribunal Administrativo competente, en virtud de la figura jurídica de observaciones contemplada en el numeral 8 del artículo 118 del Decreto Nacional 1333 de 1.986, se configura la causal de nulidad absoluta contractual contemplada en el numeral 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1.993 y consecuentemente debe darse aplicación al supuesto normativo previsto en el inciso segundo del artículo 45 ibídem?».

ii. «¿O por el contrario, la causal de nulidad absoluta contractual contemplada en el numeral 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1.993 está reservada únicamente para cuando los actos administrativos en los que se fundamenta el respectivo contrato sean declarados nulos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en virtud del medio de control de nulidad contemplado en el artículo 137 del CPACA) […]».

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». En este orden de ideas, la Agencia no tiene atribuciones para conceptuar sobre el alcance de la normas procesales ni para resolver casos particulares como el planteado en la solicitud, que al requerir de la calificación de un hecho como la nulidad de un acuerdo municipal que autoriza vigencias futuras, y la evaluación de sus consecuencias jurídicas, en particular, la nulidad de los contratos con él relacionados, escapa a la función consultiva de esta entidad.

 Sin embargo, desde la interpretación general de las normas aplicables, el medio de control de nulidad simple regulado por el artículo 137 del CPACA y la facultad para hacer observaciones del Decreto 1333 de 1986 coinciden en que, de encontrarse fundados los motivos que los sustentan, producen la nulidad del acto administrativo. En todo caso, conforme a la doctrina y la jurisprudencia anteriormente citada, la causal de nulidad del artículo 44.4 de la Ley 80 de 1993 aplica –entre otros casos– a la declaración de invalidez de la autorización prevista en el artículo 313.3, así como la declaratoria de nulidad del acto administrativo de apertura del procedimiento de selección y el acto de adjudicación del contrato. Dentro de este marco, conforme a lo explicado en el párrafo anterior, la entidad decide en cada caso concreto si aplica o no la causal de terminación unilateral del citado artículo 45, inciso segundo, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[...]

» 5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

[..]

»Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. GUASTINI, Ricardo. La interpretación de los documentos normativos. México D.C: Derecho Global Editores S.A – Centro Iberoamericano de investigaciones Sociales y Jurídicas, 2018. p. 153. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibid., p. 155.

 [↑](#footnote-ref-3)
4. Cfr. ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica. México D.C.: UNAM, 2005. pp. 112-114. [↑](#footnote-ref-4)
5. MOLINA BETANCUR Carlos y VIDAL PERDOMO Jaime. Derecho Administrativo, Décima quinta edición, Legis editores, 2019, Bogotá, pp 645. [↑](#footnote-ref-5)
6. STEVE PARDO José, Lecciones de Derecho administrativo, Segunda edición, Editorial Marcial Pons, 2012, Madrid, pp 45. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 1437 de 2011 «Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

»Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió […]». [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 1437 de 2011 «**Artículo 151.**Competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

[…]

»4. De las observaciones que formula el gobernador del departamento acerca de la constitucionalidad y legalidad de los acuerdos municipales, y sobre las objeciones, por los mismos motivos, a los proyectos de ordenanzas». [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1333 de 1986 «Artículo 117**.** Dentro de los tres (3) días siguientes al de la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al Gobernador del Departamento para su revisión jurídica. La revisión aquí ordenada no suspende los efectos de los acuerdos.

   »Artículo 118**.** Son atribuciones del Gobernador: […]

   »8º Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez.

»Artículo 119**.** Si el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez».  [↑](#footnote-ref-9)
10. Constitución Política de Colombia de 1991 «Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:

[…]

»10. Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez […]». [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1333 de 1986 «Artículo 121**.** Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:

   »1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

   »2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

   »3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al Despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno».  [↑](#footnote-ref-11)
12. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-201 del 2000, M.P: Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. CORTE CONSTITICIONAL. Sentencia C-869 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz. En un sentido similar, Sentencia T-119 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 1483 de 2011 «Artículo 1o. Vigencias futuras excepcionales para entidades territoriales. En las entidades territoriales, las asambleas o concejos respectivos, a iniciativa del gobierno local, podrán autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización […]». [↑](#footnote-ref-14)
15. Al respecto HINESTROZA Fernando, Tratado de las obligaciones, Universidad Externado de Colombia, 2002, Bogotá, pp 879 y ss.

 [↑](#footnote-ref-15)
16. Código Civil «Artículo 1625**.** Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

   »Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

 […]

   »8° Por la declaración de nulidad o por la rescisión;

   […]».  [↑](#footnote-ref-16)
17. SOLANO SIERRA Jairo E., Contratación Administrativa, Ediciones Doctrina y Ley, 2010, Bogotá, pp. 624. [↑](#footnote-ref-17)
18. Código Civil «Artículo 1741. 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.

   »Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato».  [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 80 de 1993«**Articulo 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».  [↑](#footnote-ref-19)
20. Cfr. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho procesal administrativo. Octava Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2013. p. 422. [↑](#footnote-ref-20)
21. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ Alier E., Nulidad y terminación unilateral de los contratos estatales, en Temas en Contratos Estatales, ATEHORTÚA RÍOS Carlos, OSPINA MENA Jesús M. y HERNÁNDEZ ENRIQUEZ Alier E. (eds.), Biblioteca Jurídica Diké, 2010, Medellín, pp. 459-489. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ley 1483 de 2011 «Artículo 1°. Vigencias futuras excepcionales para entidades territoriales. En las entidades territoriales, las asambleas o concejos respectivos, a iniciativa del gobierno local, podrán autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización […]». [↑](#footnote-ref-22)
23. El artículo 313, numeral 3, de la Constitución Política dispone que corresponde al concejo municipales «Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo». [↑](#footnote-ref-23)
24. Al respecto, el artículo 25.7 de la Ley 80 de 1993 dispone que conforme al principio de economía las entidades valoraran «La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso». [↑](#footnote-ref-24)
25. La configuración de la causal de nulidad del numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 por cuenta de la nulidad de la autorización a contratar expedida por los concejos municipales, es un asunto sobre el que se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo De Estado. En sentencia del 29 de mayo de 2014 explicó lo siguiente: «[E]n ejercicio de las competencias constitucionales puede tener lugar un acto administrativo de autorización para contratar emanado del Concejo Municipal, que se constituya en un acto previo requerido para fundamentar el contrato estatal. En ese supuesto, la declaración judicial de nulidad del acto de autorización para contratar dará lugar a la nulidad absoluta del contrato autorizado, toda vez que se configura exactamente la causal contenida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80. […] Se puede afirmar que la autorización para contratar emanada del Concejo Municipal es un requisito determinante del contrato estatal en aquellos casos en la Ley o el Reglamento del Concejo Municipal hayan dispuesto tal requerimiento y éste último sólo lo puede establecer con arreglo a la Ley» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de mayo de 2014, Exp. No.: 33832, C.P. Hernán Andrade Rincón. También véase Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 13 de abril de 2016, Exp: No. 42565, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico). [↑](#footnote-ref-25)
26. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 12 de agosto de 2014, Exp. No: 28.565, C.P.: Enrique Gil Botero. Esta tesis se reiteró en la Sentencia del 14 de septiembre de 2014, Exp. No. 28.079, C.P.: Enrique Gil Botero.

 [↑](#footnote-ref-26)