



INEFICACIA DE PLENO DERECHO – Régimen jurídico en materia de contratación estatal

[E] artículo 24, numeral 5º: establece que serán ineficaces de pleno derecho aquellas cláusulas de los pliegos de condiciones que contravengan lo dispuesto en este numeral, como garantías al principio de transparencia y selección objetiva; [...]

La ineficacia de pleno derecho ha sido definida en el campo de la contratación estatal como el «fenómeno jurídico por medio del cual el ordenamiento asume que un determinado acto, contrato o, en general, cualquier negocio jurídico es inoperante y, por lo tanto, debe sancionarse y entenderse por no escrito, por ser violatorio de normas imperativas que así lo disponen». [...] La ineficacia de pleno derecho, cuyo propósito es extinguir los efectos de un pacto o negocio jurídico, es propia de áreas del derecho en las que se pretende garantizar la intervención estatal frente a la protección del interés público o de un sector de la sociedad. [...] Tal situación se presenta de manera similar en la contratación pública. La entidad estatal define el pliego de condiciones de manera unilateral y el oferente simplemente decide participar en el proceso de selección. Al no tener la posibilidad de expresar su voluntad en la confección del pliego, el ordenamiento jurídico le garantiza al oferente que será evaluado a través de reglas o criterios que permitan demostrar el mérito, el valor y las calidades objetivas de la propuesta frente a las necesidades específicas de la administración. De lo contrario, tales estipulaciones contractuales no tendrán valor, se entenderán por no escritas frente a todos sus potenciales efectos.

Sobre la ineficacia de pleno derecho aplicable al ámbito de la contratación pública, el Consejo de Estado ha interpretado lo siguiente: «La ineficacia de pleno derecho o la fórmula "pro non scripta" es la sanción que impone el ordenamiento jurídico a las cláusulas o pactos que contravienen las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, consistente en que éstas no produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales que estaban llamados a producir eliminándolos automáticamente de la realidad jurídica como si éstos nunca se hubieran realizado». Con otras palabras, la ineficacia de pleno derecho es la "calificación jurídica de contenido negativo" que se realiza frente a ciertas cláusulas o pactos que contravienen normas imperativas, de orden público o las buenas costumbres, eliminándolas ipso iure de la realidad jurídica en los casos que la ley previo expresamente dicha consecuencia.

INEFICACIA DE PLENO DERECHO – Características

[S]e identifican como rasgos característicos de la ineficacia de pleno derecho: (i) procede cuando se pacta una cláusula que transgrede de manera excesiva normas imperativas y, por ende, deben sancionarse con su inoperancia; (ii) se requiere una consagración legal expresa de esta consecuencia o sanción legal; (iii) al operar de pleno derecho, no requiere de la declaratoria judicial sino que la consecuencia será pura y simplemente la inaplicación de la regla contractual; y (iv) la ineficacia solo se predica de la cláusula o pacto que contraviene el ordenamiento jurídico, y no del negocio jurídico en su totalidad.

INEFICACIA DE PLENO DERECHO – Materialización

En relación con el reconocimiento y la aplicación de la ineficacia de pleno derecho en el marco de un procedimiento de selección, esta puede llevarse a cabo por dos vías: i) una declaración de la entidad que adelanta el procedimiento de selección exteriorizando la ocurrencia de un supuesto de ineficacia; y ii) el pronunciamiento del juez del contrato que, a petición o de oficio, conoce de una acción o excepción de ilegalidad o 'ineficacia de pleno derecho' dentro del medio de control correspondiente. Si la entidad





contratante es quien advierte la ineficacia, se adopta la primera vía. De lo contrario, se acude al juez del contrato. Tomando en cuenta la consulta formulada se desarrollará la primera vía. [...]

Como se mencionó, la ineficacia de pleno derecho se caracteriza por contar con respaldo jurídico automático en la medida en que opera *ipso iure*, esto es, por ministerio de la ley, de manera inmediata y sin requerir pronunciamiento judicial. No obstante, de cara a su reconocimiento y aplicación práctica – más que a su validez– requiere de un pronunciamiento concreto que la materialice y le de operancia frente a los sujetos interesados. En el derecho civil se utiliza como instrumento la declaración pública o privada de las partes exteriorizando de manera tácita o expresa la ocurrencia del supuesto de ineficacia de pleno derecho. Acto que, por las razones ya expuestas, no debe entenderse como constitutivo de derechos (de aquellos que crean, modifican, extinguen relaciones jurídicas), sino como declarativo (de aquellos que meramente acreditan un hecho o una situación jurídica preexistente sin incidir sobre su contenido).

En síntesis, si bien la ineficacia de pleno derecho deviene del poder mismo de la norma, su materialización práctica deviene de la valoración negativa de la entidad contratante a través de su declaración de voluntad. En materia de contratación estatal, el instrumento pertinente para materializar tal declaración de voluntad podrá ser un documento o declaración que así lo disponga, el cual no tendrá la naturaleza de adenda como se explica a continuación.

ADENDA – Alcance temporal y material – No aplicabilidad para supuestos de ineficacia

[L]a adenda resulta ser el instrumento idóneo para realizar dos (2) tipos de ajustes: i) los referidos a las condiciones técnicas, jurídicas y económicas del pliego definitivo y, en general, a cualquier contenido distinto del cronograma del procedimiento de selección y ii) los del cronograma. El primer tipo de adendas se puede realizar hasta antes del vencimiento del plazo para la recepción de ofertas, las segundas incluso después del cierre del proceso, antes de la adjudicación del contrato. Sin embargo, en estas últimas solo se permite modificar los plazos de las etapas siguientes. Otros límites temporales para la expedición y publicación de las adendas son los siguientes: i) es necesario que las mismas se publiquen entre las 7:00 am y las 7:00 pm de un día hábil; ii) esta publicación debe realizarse a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas *«a la hora fijada para tal presentación»*; (iii) cuando se trate de licitación pública, según el artículo 30-5 de la Ley 80 de 1993 las adendas no podrán expedirse dentro de los tres (3) días hábiles anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, sino que deberán expedirse antes de dicho momento.

En cuanto a los límites materiales a la modificación de pliegos de condiciones, lo cierto es que el pliego de condiciones tiene una vocación de ser un documento definitivo, en la medida en que su contenido proporciona seguridad jurídica a los agentes intervinientes en el proceso de selección. Si bien estos límites materiales no se encuentran expresamente establecidos en la ley, en razón a su naturaleza misma las adendas solo pueden modificar aspectos de los pliegos que no sean sustanciales, como por ejemplo, cambiar el cronograma del proceso o abrir la posibilidad de que un material no previsto inicialmente sea utilizado en la elaboración de una obra. Mediante adendas no se pueden cambiar asuntos sustanciales como el objeto del contrato, el mecanismo de selección o el presupuesto. De esta manera se garantiza el correcto desarrollo del proceso de selección, bajo reglas claras y en condiciones de igualdad entre los proponentes. De aquí que la doctrina en la materia considere que las adendas solo podrán tener por objeto las modificaciones que sean necesarias para zanjar dudas del pliego de condiciones, o para corregir o adicionar condiciones necesarias para hacer la selección objetiva, o para aclarar, modificar o adicionar aspectos técnicos del objeto. Tanto así que *«[n]unca pueden utilizarse con fines diversos pues*





la desviación de poder en ellas, además de generar la nulidad del acto, pueden afectar la validez de todo el procedimiento de selección».

ADENDA – No aplicabilidad para su puestos de ineficacia

En contraste, el documento o la declaración pública que se adelante con el propósito de manifestar la ineficacia de pleno derecho, más que modificar una situación jurídica del contrato –como lo pretende la adenda–, busca comunicar un aspecto relativo a su carácter contrario al orden público de la regla contenida en el pliego de condiciones de tal manera que ambas partes de este sean conocedoras y partícipes de sus efectos, ya vigentes y reconocidos por el orden jurídico. Teniendo en cuenta estas diferencias esenciales, la declaración de ineficacia mencionada no tiene naturaleza de adenda.

Bogotá D.C., 19 de Enero de 2023

Señor

José Ignacio Oñoro Barrios

	Colombia Compra Eficiente Rad No. RS20221123014101 Anexos: No Con copia: No Fecha: 22/11/2022 21:58:35	 Colombia Compra Eficiente
---	---	--



DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Bogotá D.C.

Compartido por:



Concepto C – 788 de 2022

Temas: INEFICACIA DE PLENO DERECHO – Características – Régimen jurídico en materia de contratación estatal – Materialización / ADENDA – Alcance temporal y material – No aplicabilidad para supuestos de ineficacia

Radicación: Respuesta a consulta P20221006010077

Estimado Señor Oñoro:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta radicada el 6 de octubre de 2022.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta:

- «[...] 1. Partiendo de que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las modificaciones al pliego de condiciones definitivo deben hacerse antes del cierre del proceso, ¿las causales de ineficacia de pleno derecho previstas en el numeral 5 y literales subsiguientes del artículo 24 de la ley 80 de 1993 tienen límites temporales para ser declaradas dentro del proceso de selección de contratistas?
- 2. Habiéndose aplicado la ineficacia de pleno derecho que no requiere declaración judicial, no obstante ¿las entidades estatales deben expedir una adenda, acto administrativo o constancia que la declare? [...]»

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptualizar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos



DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
 Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



particulares de todos los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizará el régimen jurídico de la ineficacia de pleno derecho en materia de contratación estatal.

2.1. Alcance de la ineficacia de pleno derecho de los pliegos de condiciones conforme el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993

Uno de los principios transversales a todo procedimiento de selección es el de *selección objetiva*. Este consiste en el deber en cabeza de la administración de escoger la oferta ganadora con base en factores objetivos de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc. De tal suerte que este deber constituye el fundamento jurídico de varios de los apartados de la Ley 80 de 1993:

- i) *el primer inciso del artículo 21*: obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional;
- ii) *el artículo 24, numeral 5º*: establece que serán ineficaces de pleno derecho aquellas cláusulas de los pliegos de condiciones que contravengan lo dispuesto en este numeral, como garantías al principio de transparencia y selección objetiva;
- iii) *el artículo 24, numeral 8º*: según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto»;
- iv) *el segundo inciso del párrafo 3º del artículo 24*: exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo;
- v) *el numeral 18 del artículo 25*: señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva»;
- vi) *el numeral 2 del artículo 30*: dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, [...], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y





lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas»;

- vii) *el segundo inciso del artículo 76: ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.*

A la luz del apartado número *ii)* se prohíbe que los pliegos de condiciones estipulen cláusulas contrarias a los principios de transparencia y selección objetiva, so pena de entenderse ineficaces de pleno derecho conforme lo establece el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Este apartado será el objeto de análisis de la presente consulta. Para ello, en primer lugar, se procederá a explicar las nociones conceptuales básicas y las características de la ineficacia de pleno derecho; y, posteriormente, se revisará al régimen jurídico de la figura en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La ineficacia de pleno derecho ha sido definida en el campo de la contratación estatal como el *«fenómeno jurídico por medio del cual el ordenamiento asume que un determinado acto, contrato o, en general, cualquier negocio jurídico es inoperante y, por lo tanto, debe sancionarse y entenderse por no escrito, por ser violatorio de normas imperativas que así lo disponen»*¹.

Sobre el particular, el Código de Comercio, aplicable a la normativa de contratación pública en los términos del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, ha establecido la siguiente definición de ineficacia: *«ARTÍCULO 897. <INEFICACIA DE PLENO DERECHO>. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial»*.

En consecuencia, la ineficacia de pleno derecho, o también denominada *ineficacia in limine*, constituye una consecuencia o sanción del ordenamiento jurídico, de tal suerte que todo acto ineficaz se entiende por no escrito, inoperante, sin efecto jurídico alguno a la luz de su interprete – cualquiera que sea–, aún sin necesidad de declaración judicial. Fenómeno jurídico que, bajo la lectura del Código de Comercio, solo opera cuando la misma ley establece que transgredir determinado precepto debe sancionarse con la inoperancia del acto.

La ineficacia de pleno derecho, cuyo propósito es extinguir los efectos de un pacto o negocio jurídico, es propia de áreas del derecho en las que se pretende garantizar la intervención estatal frente a la protección del interés público o de un sector de la sociedad. Así sucede con los contratos masivos en materia de derecho del consumo, en donde la empresa goza de la facultad unilateral de definir las condiciones del contrato y los consumidores simplemente aceptan comprar un producto o servicio. Frente a la asimetría de las partes a la hora de plasmar su voluntad en el contrato, el

¹ Tribunal de Arbitraje de Transmasivo S.A. – Sistemas Operativos Móviles S.A. – Somos K S.A. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. Laudo Arbitral de 21 de diciembre de 2016.





ordenamiento jurídico interviene limitando la facultad negocial de la parte dominante cuando sea que resulte desmedida, abusiva y transgresora de derechos irrenunciables de la parte débil.²

Tal situación se presenta de manera similar en la contratación pública. La entidad estatal define el pliego de condiciones de manera unilateral y el oferente simplemente decide participar en el proceso de selección. Al no tener la posibilidad de expresar su voluntad en la confección del pliego, el ordenamiento jurídico le garantiza al oferente que será evaluado a través de reglas o criterios que permitan demostrar el mérito, el valor y las calidades objetivas de la propuesta frente a las necesidades específicas de la administración. De lo contrario, tales estipulaciones contractuales no tendrán valor, se entenderán por no escritas frente a todos sus potenciales efectos³.

De aquí la primera característica de la ineficacia *in limine*: funge como mecanismo de prevención del ordenamiento jurídico ante cláusulas contractuales que contengan transgresiones abusivas a normas jurídicas imperativas. Tanto así, que se le denomina *liminar* en la medida en que denota cuáles son las líneas rojas del ordenamiento jurídico frente a la facultad negocial de la parte que confecciona el contrato, al punto que excederlas amerita una respuesta «severa, pronta y eficiente» del orden jurídico.⁴

Sobre la ineficacia de pleno derecho aplicable al ámbito de la contratación pública, el Consejo de Estado ha interpretado lo siguiente:

La ineficacia de pleno derecho o la fórmula "pro non scripta" es la sanción que impone el ordenamiento jurídico a las cláusulas o pactos que contravienen las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, consistente en que éstas no produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales que estaban llamados a producir eliminándolos automáticamente de la realidad jurídica como si éstos nunca se hubieran realizado.

Con otras palabras, la ineficacia de pleno derecho es la "calificación jurídica de contenido negativo" que se realiza frente a ciertas cláusulas o pactos que contravienen normas imperativas, de orden público o las buenas costumbres, eliminándolas ipso iure de la realidad jurídica en los casos que la ley previo expresamente dicha consecuencia.

⁵

De aquí una segunda característica: se requiere —en principio— que el ordenamiento prevea expresamente esta consecuencia o sanción legal. La ineficacia entonces por regla general «*solo es aplicable a las hipótesis fácticas expresamente establecidas por el legislador, sin admitir*

² Fernando Hinestrosa. 2010. "Eficacia e ineficacia del contrato." Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, expediente 16.503.

⁴ Fernando Hinestrosa. 2010. "Eficacia e ineficacia del contrato." Ibid.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 1º de abril de 2016, expediente 51.138.





generalización ni extensión a casos distintos»⁶. Eso sí, la prohibición opera *ipso iure* una vez se configura el supuesto de hecho de la norma, es decir, sin requerir declaración judicial.

Una tercera característica consiste entonces en que la ineficacia de pleno derecho no requiere ser declarada judicialmente. La valoración negativa que el ordenamiento jurídico impone a estos actos se materializa con el simple hecho de ser transgredida la norma, de manera automática y sin necesidad de pronunciamiento de la autoridad judicial. De aquí que se le asigne la calificación jurídica «de pleno derecho».⁷

Una cuarta característica consiste en que la ineficacia no se predica necesariamente del negocio jurídico en su totalidad, sino únicamente de la cláusula o pacto que contraviene el ordenamiento jurídico, de tal suerte que propugna por el principio de conservación del negocio jurídico en general. Así lo ha establecido en Consejo de Estado al señalar lo siguiente:

Así, a diferencia de otras figuras la ineficacia de pleno derecho opera de forma inmediata en los casos expresamente previstos en la Ley y no requiere ser declarada judicialmente, pues a través de la misma lo que se persigue fundamentalmente es la conservación del negocio jurídico eliminando de la realidad jurídica únicamente aquella cláusula o pacto del acto dispositivo que contraviene el ordenamiento jurídico sin destruir o eliminar sus demás partes⁸.

Con fundamento en lo anterior, se identifican como rasgos característicos de la ineficacia de pleno derecho: (i) procede cuando se pacta una cláusula que transgrede de manera excesiva normas imperativas y, por ende, deben sancionarse con su inoperancia; (ii) se requiere una consagración legal expresa de esta consecuencia o sanción legal; (iii) al operar de pleno derecho, no requiere de la declaratoria judicial sino que la consecuencia será pura y simplemente la inaplicación de la regla contractual; y (iv) la ineficacia solo se predica de la cláusula o pacto que contraviene el ordenamiento jurídico, y no del negocio jurídico en su totalidad.

Ahora bien, en punto de la ineficacia de pleno derecho en materia de contratación estatal, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, encontramos el artículo 24 numeral 5:

Artículo 24º. Del principio de Transparencia. En virtud de este principio: (...)

5o. En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

⁶ William Namén Vargas. 2009. "La ineficacia del negocio jurídico", en *Estudios de derecho privado. Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*, T. II, Bogotá, Universidad del Rosario.

⁷ Edgar Ramírez Baquero. 2008. "La ineficacia en el negocio jurídico", en *Colección textos de jurisprudencia*. Bogotá, Universidad del Rosario.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 1º de abril de 2016, expediente 51.138.





b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados. (Subrayado fuera del texto original)

A la luz de esta disposición se entenderán como ineficaces de pleno derecho todas aquellas estipulaciones contenidas en el pliego o el contrato que sean contrarias a cualquiera de los literales de esta norma. En ese sentido, en principio aplican las características de la ineficacia de pleno derecho antes vistas, es decir, la figura aplica a los casos señalados en el artículo 24 numeral 5 y sus efectos no requieren declaración judicial.

No obstante, la jurisprudencia administrativa ha planteado un matiz importante frente a las hipótesis que dan lugar a la ineficacia de pleno derecho. Ha sostenido que este fenómeno jurídico no solo aplica frente a los supuestos del artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993, sino también a aquellos casos en que el juez del contrato determine que ciertas cláusulas son abiertamente contrarias al orden público o jurídico:

Es principio fundamental informador de la etapa de selección del contratista, el de garantizar la igualdad de los oferentes y por lo mismo bajo dicha óptica todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de tal principio, son susceptibles de depuración, por parte del juez del contrato, como que la aplicación indiscriminada de aquellas, puede constituir la fuente de daños y perjuicios para cualquiera de los partícipes dentro del proceso de selección objetiva.

La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico contravención de norma de orden público o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo





caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal.⁹
(Subrayado fuera del texto original)

Como garantía a los principios de buena fe, objetividad e igualdad, el juez del contrato tiene competencia para dar por no escritas o ineficaces de pleno derecho «*todas aquellas estipulaciones pactadas en el contrato, o que hagan parte del pliego de condiciones, que sean abiertamente contrarias al ordenamiento jurídico y el orden público, además de lo dispuesto en el artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993 y los casos previstos en el derecho común*»¹⁰.

Lo anterior encuentra fundamento en que, conforme lo dispone el artículo 40 de la ley 80 de 1993, las entidades públicas solo podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y se requieran para el cumplimiento de los fines estatales junto con todas las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, las buenas costumbres, las finalidades de la ley 80 y la buena administración.

2.2. Materialización de la ineficacia de pleno derecho

En relación con el reconocimiento y la aplicación de la ineficacia de pleno derecho en el marco de un procedimiento de selección, esta puede llevarse a cabo por dos vías: i) una declaración de la entidad que adelanta el procedimiento de selección exteriorizando la ocurrencia de un supuesto de ineficacia; y ii) el pronunciamiento del juez del contrato que, a petición o de oficio, conoce de una acción o excepción de ilegalidad o 'ineficacia de pleno derecho' dentro del medio de control correspondiente. Si la entidad contratante es quien advierte la ineficacia, se adopta la primera vía. De lo contrario, se acude al juez del contrato. Tomando en cuenta la consulta formulada se desarrollará la primera vía.

2.2.1. Declaración de la entidad contratante que exterioriza el supuesto de ineficacia de pleno derecho.

Como se mencionó, la ineficacia de pleno derecho se caracteriza por contar con respaldo jurídico automático en la medida en que opera *ipso iure*, esto es, por ministerio de la ley, de manera inmediata y sin requerir pronunciamiento judicial. No obstante, de cara a su reconocimiento y aplicación práctica –más que a su validez– requiere de un pronunciamiento concreto que la materialice y le de operancia frente a los sujetos interesados.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2008, Expediente: 15963.

¹⁰ Tribunal de Arbitraje de Transmasivo S.A. – Sistemas Operativos Móviles S.A. – Somos K S.A. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. Laudo Arbitral de 21 de diciembre de 2016.





Este pronunciamiento o declaración entra a jugar un rol importante frente al deber de transparencia en el marco de los procedimientos de selección de la contratación estatal en la medida en que permitirá a los interesados y proponentes de la selección identificar que una de las reglas establecidas en el pliego de condiciones no será tomada en cuenta para la evaluación.

En el derecho civil se utiliza como instrumento la declaración pública o privada de las partes exteriorizando de manera tácita o expresa la ocurrencia del supuesto de ineficacia de pleno derecho.¹¹ Acto que, por las razones ya expuestas, no debe entenderse como constitutivo de derechos (de aquellos que crean, modifican, extinguen relaciones jurídicas), sino como declarativo (de aquellos que meramente acreditan un hecho o una situación jurídica preexistente sin incidir sobre su contenido)¹².

En síntesis, si bien la ineficacia de pleno derecho deviene del poder mismo de la norma, su materialización práctica deviene de la valoración negativa de la entidad contratante a través de su declaración de voluntad. En materia de contratación estatal, el instrumento pertinente para materializar tal declaración de voluntad podrá ser un documento o declaración que así lo disponga, el cual no tendrá la naturaleza de adenda como se explica a continuación.

2.2.2. No aplicabilidad de la adenda para la declaratoria de ineficacia de pleno derecho

Ante la necesidad de la entidad contratante de efectuar correcciones, aclaraciones o modificaciones al pliego de condiciones, bien sea porque las mismas tienen origen en necesidades identificadas o como consecuencia de observaciones realizadas por los interesados en el proceso, es posible realizar *adendas* conforme el artículo 30, numeral 5, de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011:

El plazo de la licitación entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.

¹¹ Ibid. Cfr. Andrés Felipe Navarrete Basto. 2018. "La aplicación de la ineficacia negocial en Colombia: Entre pragmatismo e Idealismo". Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

¹² Consejo de Estado. Concepto del 7 de febrero de 1975, reiterado en el concepto de Septiembre 7 de 2000, Radicación No. 1294, Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Cfr. Adolfo Merkl. 1980. "Teoría General del Derecho Administrativo". México, Editora Nacional.





Supuesto reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015 de la siguiente manera:

Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación (Cursiva fuera del original).

De manera que la adenda resulta ser el instrumento idóneo para realizar dos (2) tipos de ajustes: i) los referidos a las condiciones técnicas, jurídicas y económicas del pliego definitivo y, en general, a cualquier contenido distinto del cronograma del procedimiento de selección y ii) los del cronograma. El primer tipo de adendas se puede realizar hasta antes del vencimiento del plazo para la recepción de ofertas, las segundas incluso después del cierre del proceso, antes de la adjudicación del contrato. Sin embargo, en estas últimas solo se permite modificar los plazos de las etapas siguientes.

Otros límites temporales para la expedición y publicación de las adendas son los siguientes: i) es necesario que las mismas se publiquen entre las 7:00 am y las 7:00 pm de un día hábil; ii) esta publicación debe realizarse a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas «a la hora fijada para tal presentación»; (iii) cuando se trate de licitación pública, según el artículo 30-5 de la Ley 80 de 1993 las adendas no podrán expedirse dentro de los tres (3) días hábiles anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, sino que deberán expedirse antes de dicho momento.

En cuanto a los límites materiales a la modificación de pliegos de condiciones, lo cierto es que el pliego de condiciones tiene una vocación de ser un documento definitivo, en la medida en que su contenido proporciona seguridad jurídica a los agentes intervinientes en el proceso de selección. Si bien estos límites materiales no se encuentran expresamente establecidos en la ley, en razón a su naturaleza misma las adendas solo pueden modificar aspectos de los pliegos que no sean sustanciales, como por ejemplo, cambiar el cronograma del proceso o abrir la posibilidad de que un material no previsto inicialmente sea utilizado en la elaboración de una obra.

Mediante adendas no se pueden cambiar asuntos sustanciales como el objeto del contrato, el mecanismo de selección o el presupuesto. De esta manera se garantiza el correcto desarrollo del proceso de selección, bajo reglas claras y en condiciones de igualdad entre los proponentes. De aquí que la doctrina en la materia considere que las adendas solo podrán tener por objeto las





modificaciones que sean necesarias para zanjar dudas del pliego de condiciones, o para corregir o adicionar condiciones necesarias para hacer la selección objetiva, o para aclarar, modificar o adicionar aspectos técnicos del objeto. Tanto así que «[n]unca pueden utilizarse con fines diversos pues la desviación de poder en ellas, además de generar la nulidad del acto, pueden afectar la validez de todo el procedimiento de selección».¹³

En todo caso, independientemente del medio o instrumento legal que se use, a juicio del Consejo de Estado se entenderá por adenda cualquier documento o manifestación de voluntad de la entidad contratante que pretenda aclarar, añadir, adicionar, reemplazar o cambiar un aspecto o condición incluida en los documentos del procedimiento de contratación¹⁴.

En contraste, el documento o la declaración pública que se adelante con el propósito de manifestar la ineficacia de pleno derecho, más que modificar una situación jurídica del contrato – como lo pretende la adenda–, busca comunicar un aspecto relativo a su carácter contrario al orden público de la regla contenida en el pliego de condiciones de tal manera que ambas partes de este sean conocedoras y partícipes de sus efectos, ya vigentes y reconocidos por el orden jurídico. Teniendo en cuenta estas diferencias esenciales, la declaración de ineficacia mencionada no tiene naturaleza de adenda.

3. Respuestas

«1. Partiendo de que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las modificaciones al pliego de condiciones definitivo deben hacerse antes del cierre del proceso, ¿las causales de ineficacia de pleno derecho previstas en el numeral 5 y literales

¹³ Juan Ángel Palacio Hincapé. 2014. “La contratación de las entidades estatales”, Séptima Edición. Medellín, Librería Jurídica Sánchez.

¹⁴ En la sentencia de la Sección Tercera, Subsección A, del 16 de septiembre de 2013, expediente No. 30.571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, el Consejo de Estado se pronunció sobre la fuerza vinculante que tienen las respuestas a las observaciones y solicitud de aclaración a los pliegos de condiciones:

«5.2. De la fuerza vinculante de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones en relación con los términos de referencia.

[...]

»Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de “adendo”, la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.

»En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones».





subsiguientes del artículo 24 de la ley 80 de 1993 tienen límites temporales para ser declaradas dentro del proceso de selección de contratistas?»

La ineficacia de pleno derecho existe y consta de respaldo jurídico inmediato por ministerio de la ley, por lo que se entiende que simplemente estas cláusulas no han nacido a la vida jurídica, de manera tal que «*su ineficacia opera por toda la vida del contrato, y se tienen como inexistentes*». ¹⁵ Por esta razón, no existe límite temporal dentro del procedimiento de selección para su declaración.

«2. Habiéndose aplicado la ineficacia de pleno derecho que no requiere declaración judicial, no obstante ¿las entidades estatales deben expedir una adenda, acto administrativo o constancia que la declare?»

La ineficacia de pleno derecho se caracteriza por contar con respaldo jurídico automático en la medida en que opera *ipso iure*, esto es, por ministerio de la ley, de manera inmediata y sin requerir pronunciamiento judicial. No obstante, de cara a su reconocimiento y aplicación práctica – más que a su validez– requiere de un pronunciamiento concreto que la materialice y le de operancia frente a los sujetos interesados. Frente a esto, habría dos posibilidades: i) ineficacia de una cláusula contractual e ii) ineficacia de una regla del pliego de condiciones. Cuando se trata de un pliego de condiciones, la manifestación deberá provenir de la entidad estatal que lo expida, lo cual se llevará a cabo mediante una declaración pública.

Si bien la ineficacia de pleno derecho deviene del poder mismo de la norma, su materialización práctica deviene de la valoración negativa de las partes del contrato a través de su declaración de voluntad. En materia de contratación estatal, el instrumento pertinente para materializar tal declaración de voluntad podrá ser un documento o declaración que así lo disponga, el cual no tendrá la naturaleza de adenda como se explicó antes.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de los demás actos administrativos a que haya lugar para retrotraer los efectos de las situaciones jurídicas creadas durante el desconocimiento de las partes frente a la ineficacia de pleno derecho.

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

Atentamente,

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2017, exp. 59067, C.P Jaime Rodríguez Navas.





Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan Carlos Covilla Martínez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual

