

Carlos F. Forero Hernández

El Contrato Estatal

Segunda edición



Ediciones
Unibagué

 **Universidad
de Ibagué**
Comprometidos con el desarrollo regional



Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

El contrato estatal
Segunda edición

Carlos F. Forero Hernández

Ibagué, Colombia
2022

346.23

F715 El contrato estatal 2.a Edición/ Carlos F. Forero Hernández.
Ibagué: Universidad de Ibagué, 2022

174 p., 16.5 centímetros

ISBN Digital 978-958-754-394-0

Descriptores: Contratación estatal; Contrato civil y comercial; Responsabilidad patrimonial contractual

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Octubre de 2022

El contrato estatal (2.a ed.)

Primera edición: 2020

© Universidad de Ibagué, 2022

© Carlos F. Forero Hernández, 2022.

Cómo citar esta obra: Forero Hernández, C. F. (2022). El contrato estatal (2.a ed.). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.
doi: <https://doi.org/10.35707/9789587543940>

Dirección editorial: Ediciones Unibagué
ediciones@unibague.edu.co
Universidad de Ibagué
Carrera 22, calle 67. Barrio Ambalá
Teléfono: +57 608 2760010
Ibagué, Tolima, Colombia.
www.unibague.edu.co

Diseño y diagramación
León Gráficas S.A.S. PBX 6082630088. Ibagué

Esta obra no puede reproducirse sin la autorización expresa y por escrito de la Universidad de Ibagué.

*A mi gran maestro, doctor Hernando A. Hernández
Quintero, quien a lo largo de mi trayectoria profesional
me ha enseñado a amar el derecho y me ha demostrado
lo grato del ejercicio de la profesión cuando se hace con
amor y con pasión.*

Contenido

Prólogo de la segunda edición	11
Presentación de la segunda edición	13
Capítulo I. La noción de contrato estatal y normatividad aplicable.....	15
1.1 Nociones de contrato civil y comercial.....	15
1.2 Noción del contrato estatal.....	17
1.2.1 El carácter instrumental del contrato estatal frente al cumplimiento del interés general	17
1.2.2 La contratación estatal es una gestión fiscal	19
1.2.3 La noción de contrato estatal según la Ley 80 de 1993 y la doctrina	20
1.3 Algunos contratos estatales.....	25
1.3.1 Contratos de obra.....	26
1.3.2 Contratos de consultoría	28
1.3.3 Contrato de prestación de servicios.....	29
1.3.4 Contrato de concesión	30
1.3.5 Encargos fiduciarios y fiducia pública	31
1.4 Normatividad aplicable.....	32
1.4.1 Los regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993	34
1.4.2 Régimen jurídico aplicable a los contratos estatales celebrados en el exterior o en Colombia, pero ejecutables en el exterior	36
1.4.3 Reglas de interpretación para los contratos estatales.....	36
Capítulo II. Principios de la contratación estatal.....	39
2.1 Principio de transparencia	40

2.1.1 Principio de participación.....	42
2.1.2 Principio de contradicción y el debido proceso en materia sancionadora contractual.....	42
2.1.3 Coordinación	44
2.1.4 Principio de buena fe	45
2.1.5 Principio de igualdad.....	46
2.1.6 Principio de moralidad.....	47
2.1.7 Principio de economía.....	47
2.1.8 Principio de planeación.....	48
2.1.9 Principio de responsabilidad	50
Capítulo III. Sujetos del contrato estatal	55
3.1 Entidades contratantes.....	55
3.1.1 Contratistas	58
3.2 Otros sujetos no contractuales que intervienen en la contratación estatal... 69	
3.2.1 Algunos comentarios sobre la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.....	70
Capítulo IV. Requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del contrato estatal	73
4.1 Requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal	73
4.2 Requisitos de ejecución del contrato estatal	76
Capítulo V. Cláusulas excepcionales del contrato estatal.....	83
5.1 Interpretación unilateral.....	86
5.1.1 Modificación unilateral	88
5.1.2 Terminación unilateral	91
5.1.3 Caducidad	92
5.1.4 Reversión	95
Capítulo VI. Eventos que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico contractual	99

6.1 <i>Ius variandi</i>	100
6.1.1 Hecho del príncipe	102
6.1.2 Teoría de la imprevisión	103
6.1.3 Dificultades materiales imprevistas	105
6.1.4 Alteración en la revisión de precios	106
6.1.5 El acto del legislador	107
6.2 ¿El incumplimiento contractual debe ser visto como otro evento que da lugar a ruptura del equilibrio económico contractual?.....	109
Capítulo VII. Nulidades contractuales	111
7.1 Nulidad contractual absoluta.....	111
7.2 Nulidad contractual relativa.....	114
7.3 Nulidad contractual parcial.....	115
Capítulo VIII. Liquidación del contrato estatal	117
8.1 Liquidación del contrato estatal en sede administrativa.....	118
8.2 Liquidación del contrato estatal en sede judicial	119
Capítulo IX. Licitación pública.....	121
9.1 Acto administrativo de adjudicación del contrato.....	125
Capítulo X. Selección abreviada	129
Capítulo XI. Concurso de méritos	133
Capítulo XII. Contratación directa.....	137
Capítulo XIII. Contratación de mínima cuantía.....	141
Capítulo XIV. Responsabilidad patrimonial contractual del Estado.....	143
14.1 Eventos de responsabilidad en materia contractual del Estado	145

14.1.1	Eventos de responsabilidad patrimonial precontractual del Estado	146
14.1.2	Eventos de responsabilidad patrimonial contractual del Estado	149
14.1.3	Eventos de responsabilidad patrimonial poscontractual del Estado.....	151
14.2	Enriquecimiento sin causa en materia contractual del Estado	152
Capítulo XV. Medio de control de controversias contractuales		155
15.1	Oportunidad para demandar por este medio de control.....	158
15.2	Otras características de este medio de control	159
15.3	Procedencia de la acción de tutela frente a conflictos contractuales.....	160
Capítulo XVI. Delitos que se presentan en la actividad contractual		163
16.1	Violación de reglas de inhabilidades e incompatibilidades	163
16.1.1	Interés indebido en la celebración de contratos	164
16.1.2	Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.....	164
16.1.3	Acuerdos restrictivos de la competencia.....	165
16.2	Relación de estos delitos con el derecho disciplinario.....	166
Referencias.....		168
Doctrina.....		168
Legislación.....		171
Providencias		173
El autor		176

Prólogo de la segunda edición

Con gran admiración inicio este prólogo para resaltar la labor que desarrolla el profesor Carlos F. Forero Hernández, quien con su constante disciplina y dedicación ha realizado valiosos aportes a la academia, pero en especial, porque él constantemente contribuye en el proceso de formación de nuevos abogados a través de trabajos como este libro, en el que se aborda un tema de vital importancia en el diario vivir de la administración pública y que resulta de mucha utilidad práctica.

En las conversaciones que he tenido con el profesor Carlos F. Forero Hernández, quien fue mi alumno y ahora compañero de trabajo, identifiqué su inmensa curiosidad por diferentes figuras del derecho público que no resultan ajenas al derecho privado, como lo es el tema objeto de este libro que no puede alejarse de su base jurídica en el derecho de obligaciones y la teoría del negocio jurídico, situación ante la cual es imposible no complementar el módulo de Contratación Estatal que él imparte en la Universidad de Ibagué, con las asignaturas a mi cargo en el módulo de Derecho Privado.

Por lo tanto, con esta obra se abarca ampliamente todo aspecto relacionado con el contrato estatal, lo cual resulta un gran aporte para quien desee adentrarse en dicho tema en los ámbitos universitario, posgradual y práctico, máxime cuando se trata de un libro estructurado de una manera fácil de comprender para el lector y termina siendo una gran herramienta de consulta para abogados y para otro tipo de profesionales que dentro de la administración pública o dada su calidad de contratistas, no son extraños y requieren comprender la dinámica de la contratación estatal.

No puedo dejar este prólogo sin hacer referencia a las fuentes de las obligaciones, pues hablar del contrato y por ende del contrato estatal implica pensar en ese acto jurídico que viene a ser la génesis de las diferentes prestaciones que se crean entre la administración y los contratistas; sin embargo, acá vemos

una situación especial de análisis que va de la mano con las actuales tendencias para simplificar las fuentes de las obligaciones y apartarse de esa clasificación tradicional que nos habla de la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y el enriquecimiento sin causa.

Las fuentes de las obligaciones tienen un amplio desarrollo que viene desde el mismo derecho romano, y que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico siguen consagradas en el artículo 1494 del Código Civil; no obstante, se discute respecto a su clasificación, más aún cuando una adecuada lectura de la norma en mención nos deja ver que realmente se hace referencia a que las fuentes de las obligaciones son la voluntad, el daño y la ley, mientras que en el contrato, el cuasicontrato, el delito, entre otros, estas solo se mencionan de manera enunciativa y como ejemplo.

Existen perspectivas incluso más restrictivas, en las que se habla de que la única fuente de obligación es la ley, bajo la premisa de que no hay daño que se indemnice sin un respaldo legal que lo lleve a ser visto como generador de perjuicios, ni voluntad que obligue sin ley que así lo establezca o lo regule.

Dicho lo anterior, el contrato estatal no debe alejarse de esta discusión, pues nos encontramos ante un acto jurídico en el que se puede mezclar tanto la voluntad como la ley como fuente de obligación, situación que se presenta al tratarse de un contrato de adhesión por excelencia, en el que no prima propiamente la voluntad de la administración y menos de los contratistas, sino que hay sujeción a unas directrices y disposiciones regulatorias que realmente restringen la autonomía de la voluntad, lo cual deja ver que el contrato estatal es un claro ejemplo de discusión de eventos en los que el contrato no es por sí solo fuente de obligación y, por lo tanto, pueden resultar aplicables esas teorías restrictivas en las que la ley es la única fuente de la obligación.

De esta breve forma, destaco la importancia del trabajo realizado por el profesor Carlos F. Forero Hernández, lo felicito por su constante labor, y le agradezco por la oportunidad de invitar a los lectores a interesarse para profundizar en la base de la contratación estatal, que bajo mi humilde opinión no puede alejarse del derecho de obligaciones y teoría del negocio jurídico, como ya se mencionó.

Joan Camilo Castellanos Reyes
Profesor de Obligaciones y Contratos

Presentación de la segunda edición

Con ocasión de la segunda edición de este manual, se han adicionado algunas explicaciones respecto de: a) la procedencia de la acción de tutela frente a conflictos o debates contractuales; b) la relación del derecho disciplinario con la actividad contractual del Estado; y c) la responsabilidad patrimonial contractual del Estado. Igualmente, se realizaron algunas correcciones a la primera edición.

Tal como se indica en la presentación de la primera edición, “el libro tiene tres características que lo tornan valioso: es corto, de fácil lectura y está enriquecido con un cúmulo actualizado de respaldos de jurisprudencia. Se espera pueda serle útil, especialmente a los estudiantes, a quienes les agradezco por sus preguntas, su participación y por los aportes que han servido” para esta segunda edición.

El autor del texto consigna su especial agradecimiento al señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, doctor Hernando A. Hernández Quintero, por su ejemplo de disciplina académica y profesional. Igualmente, agradece al doctor Joan Camilo Castellanos Reyes, profesor de Obligaciones y Contratos, por su participación en este texto con el prólogo a la segunda edición.

I

La noción de contrato estatal y normatividad aplicable

1.1 Nociones de contrato civil y comercial

Antes de abordar la noción de qué se entiende por contrato estatal, y como ubicación del tema, resulta indispensable explicar las nociones de contrato civil y comercial.

El artículo 1495 del Código Civil colombiano indica que contrato o convención es un acto por el cual “una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Frente a esta noción, la doctrina ha considerado que la convención debe ser estudiada como el género y el contrato como especie (Peña Nossa, 2010). En todo caso, el contrato es entendido como un acuerdo de voluntades entre dos partes encaminado a producir obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Lo anterior se identifica con el contrato de carácter civil. En cuanto al contrato mercantil, se debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 864 del Código de Comercio:

El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. (Código de Comercio, artículo 864).

Al revisar el contenido de estas dos disposiciones, se permite concluir que en materia contractual mercantil pueden surgir contratos unilaterales, bilaterales y plurilaterales (de ahí los contratos de colaboración empresarial). Peña Nossa (2010) ha advertido que el contrato civil se celebra con la finalidad de establecer a cargo de una parte y a favor de otra una prestación de dar, hacer o no hacer; mientras que en el contrato mercantil se busca crear, regular o extinguir una relación patrimonial entre los contratantes. Para Álvarez Didyme-dome (2012) “las características esenciales de los contratos mercantiles resultan ser la onerosidad y la consensualidad” (p. 40).

Los elementos del contrato son los señalados en el artículo 1502 del Código Civil como: a) capacidad; b) consentimiento (manifestación de la voluntad de las partes); c) la causa (el motivo que induce al contrato); y d) objeto (producción de obligaciones entre los contratantes). Estos componentes son aplicables también a los contratos estatales.

Por su parte, la doctrina ha explicado que el contrato tiene su clasificación (debemos reconocer que para algunos estudiosos realizar la actividad de clasificación del contrato es inútil, nada aporta), como pasa explicarse:

- a. Unilateral: cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae ninguna obligación (el contrato de mutuo, por ejemplo).
- b. Bilateral: cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente (el contrato de arrendamiento, por ejemplo).
- c. Gratuito: cuando tiene por objeto la utilidad de una sola de las partes, sufriendo la otra (el contrato de depósito, por ejemplo).
- d. Oneroso: cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes (contrato de compraventa, por ejemplo).
- e. Conmutativo: cuando cada parte se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (contrato de arrendamiento, por ejemplo).
- f. Principal: cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otro contrato o convención (contrato de distribución, por ejemplo).
- g. Accesorio: cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no pueda subsistir sin ella (contrato de prenda, por ejemplo).
- h. Reales: cuando en su perfeccionamiento es necesario entregar el bien, ora transfiriendo la propiedad o la mera tenencia (contrato de arrendamiento de bien inmueble, por ejemplo).
- i. Solemne: cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades de manera que sin ellas no produce efectos (contrato de compraventa de un bien inmueble por escritura pública, por ejemplo).
- j. Consensual: cuando se perfecciona con el solo consentimiento.
- k. Típico: cuando es reglamentado por la ley; y los atípicos son aquellos que no están regulados por la ley y surgen por la aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes (contrato de franquicia, por ejemplo).
- l. Ejecución instantánea: cuando las obligaciones surgen en un único momento (el contrato de compraventa, por ejemplo).
- m. Tracto sucesivo o de ejecución sucesiva: cuando no pueden ejecutarse sino en varios momentos (contrato de arrendamiento, por ejemplo).

Esta clasificación igualmente es aplicable en la teoría del contrato estatal al explicar, entre otros negocios, los contratos de obra, de prestación de servicios, de consultoría.

1.2 Noción del contrato estatal

1.2.1 El carácter instrumental del contrato estatal frente al cumplimiento del interés general

En otro trabajo (Forero, 2020) se señaló que el acto administrativo es expresión de la función administrativa que precisa el artículo 209 de la Constitución Política de 1991. Se debe resaltar que este acto jurídico no es el único que expresa la función administrativa, dado que también lo es el contrato estatal. El contrato celebrado por la entidad estatal es igualmente expresión de la función administrativa. De acuerdo con el mencionado artículo 209 constitucional, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con la aplicación de los principios de: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La contratación estatal es vista como una de las formas que permite satisfacer las necesidades e intereses de la comunidad, al cumplimiento de los fines esenciales del Estado que estatuye el artículo 2 de la citada Constitución. Así, el contrato estatal es una institución jurídica de carácter instrumental por cuanto está diseñado para el cumplimiento del interés general. No sobra indicar que el acto administrativo también reúne dicho carácter. Por eso se comparte la reflexión ofrecida por Gómez Lee (2010) al señalar que “la contratación pública no es un estímulo al empresario, ni es un acto de generosidad del Estado, su único objetivo es contribuir a la realización de sus fines” (p. 111). Se constituye en un medio para el cumplimiento de los fines estatales. Tal satisfacción igualmente forma parte del campo de estudio del gasto público, del derecho presupuestal o del derecho de la hacienda pública (Forero, 2017a).

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, por su parte, precisa los fines de la contratación. Es pertinente citar su contenido:

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (Ley 80, 1993, artículo 3).

Ha de advertir que los particulares tendrán en cuenta, al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales, colaborar con el logro de los fines de la contratación estatal, así como cumplir una función social (Ley 80, 1993,