



Problemas Jurídicos en la Contratación de la Administración Pública.



# Problemas Jurídicos

en la Contratación de la Administración Pública,  
resueltos por la Jurisprudencia y la Procuraduría General  
de la Nación a partir de la Ley 1150 de 2007

Tomo II. Modalidades de Selección de Contratistas Contrato Estatal



Jaime Chaves Villada



# Problemas Jurídicos

En la contratación de la administración pública  
resueltos por la jurisprudencia y la Procuraduría  
General de la Nación a partir de la ley 1150 de 2007

Tomo II

Modalidades de Selección de Contratistas Contrato Estatal

Jaime Chaves Villada<sup>1</sup>

---

1 Abogado Javeriano especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Contencioso y Sustantivo Constitucional, actualmente cursando estudios de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Profesor en la cátedra de Contratación Estatal, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad Javeriana y de Contratación Estatal en la Especialización de la Universidad de la Sabana. Conjuez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y representante legal de la firma Consultoría Jurídica de Colombia, S. A. S.



Problemas en la Contratación de la Administración Pública, resueltos por la Jurisprudencia y la Procuraduría General de la Nación a partir de la Ley 1150 de 2007

## **Tomo II**

© Procuraduría General de la Nación, 2017

© Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2017

### **Editor.**

Instituto de Estudios del Ministerio Público Carrera 5 N°. 15-80 piso 16.  
Bogotá, D. C. PBX: (1) 587 8750 Ext. 11621 <http://procuraduria.gov.co/iemp/index.jsp>

Todos los derechos reservados

### **Autor.**

Jaime Chaves Villada

### **Coordinador Editorial.**

Gary Hernández G

### **Diseño de portada y diagramación.**

Natalia del Pilar Cerón Franco

### **Impresión.**

Imprenta Nacional de Colombia

Diciembre 2017

ISBN: 978-958-734-225-3

*Esta publicación fue editada y financiada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público*

*Las opiniones expresadas en el presente documento son responsabilidad del autor y no comprometen a la Procuraduría General de la Nación, ni al Instituto de Estudios del Ministerio Público.*



**PROCURADURIA**  
**GENERAL DE LA NACIÓN**

**FERNANDO CARRILLO FLÓREZ**  
Procurador General de la Nación

**JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ**  
Viceprocurador General de la Nación

**CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR**  
Director Instituto de Estudios del Ministerio Público



Este trabajo ha sido producto de un esfuerzo mancomunado de todo un equipo que me acompañó en este periodo de investigación; Ana María Bonilla, Laura Alvarado, Germán Maya y Gustavo Hernández, mis más sentidos agradecimientos por su invaluable gestión y labor.

A todas las personas involucradas en el Instituto de Estudios del Ministerio Público, encabezado por el Doctor Christian José Mora Padilla, el Doctor Mario Algarra y el Doctor Arturo Ronderos, y al Doctor Gary Hernández, incansables servidores públicos. Por supuesto, un gran agradecimiento al Doctor Manuel Marín, gran colega y amigo.

¡A Malu y Sebas por todo!



# Contenido

PRESENTACIÓN DEL TOMO II.....	11
INTRODUCCIÓN.....	17
<b>CAPÍTULO I: PROBLEMAS JURÍDICOS EN LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS.....</b>	<b>23</b>
1.¿Cómo se configura la responsabilidad del ordenador del gasto cuando se aparta del comité evaluador dentro de un proceso de contratación estatal?.....	29
2.¿Cuál es la consecuencia de precios artificialmente bajos en las ofertas? .....	39
3.¿Qué debe hacer la entidad frente a una propuesta con un error manifiesto y a su vez inmodificable por tratarse de un elemento ponderable? .....	40
4.¿Qué es y cómo se diferencia el concurso de méritos de las demás modalidades de selección de contratistas?.....	43
5.¿Existe discrecionalidad en el procedimiento de selección de contratistas por las causales de contratación directa? ..	45
6.¿Cuál es la naturaleza jurídica de los actos administrativos en la contratación directa, su motivación y justificación bajo los preceptos de la Ley 80 de 1.993? .....	48
7.¿Cuándo se celebra un contrato de prestación de servicios bajo la modalidad de contratación directa? .....	64
8.¿Cómo se configura el fraccionamiento de contratos para evitar un proceso de licitación pública y qué efectos jurídicos genera?.....	72
9.¿Cuáles son los elementos de un contrato “convenio” interadministrativo celebrado por causal de contratación	



directa regulado en el artículo 2 de la Ley 1.150 de 2.007? . . .	74
10.¿Cuáles son los criterios para evaluar dentro de la contratación directa y sus efectos por desconocer dichas reglas? . . . . .	77
11.¿Por qué se justifica la facultad de entidades publicas de contratar directamente con las administradoras de riesgos profesionales del Estado? . . . . .	84
12.¿Cómo se materializa el deber de invocar el control fiscal dentro de la urgencia manifiesta? . . . . .	88

**CAPÍTULO II: PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL PERFECCIONAMIENTO, EJECUCIÓN, TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL. . . . . 95**

**A. Perfeccionamiento del contrato. . . . . 98**

1.¿Cuál es el régimen jurídico del contrato estatal? . . . . .	98
2.¿Sobre los requisitos de ejecución y existencia del contrato, qué lectura ha dado la jurisprudencia al artículo 41 de la Ley 80 de 1993 sobre el Certificado de Disponibilidad Presupuestal? . . . . .	102
3.¿Cuáles son las formalidades plenas de perfeccionamiento del contrato estatal? . . . . .	108
4.¿Cuales son los efectos por prescindir de las formalidades plenas en la Contratación Estatal y cuáles son las consecuencias jurídicas para la Administración? . . . . .	112
5.¿Cuándo se afecta la validez del contrato por su modificación? . . . . .	118
6.¿Cuáles son las consecuencias penales para el funcionario que celebra un contrato estatal sin el cumplimiento de los requisitos legales? . . . . .	123
7.¿Cómo se configura el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, cuando se celebran contratos fraccionados? . . . . .	132
8.¿Aplica el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales a los contratos que se rigen por derecho privado? . . . . .	138

9.¿Cómo se configuran las diferentes modalidades del delito de contrato sin requisitos legales?.....	142
--	-----

**B. Ejecución Contractual. .... 145**

1.¿Qué es el equilibrio económico del contrato?.....	146
2.¿Cuál es la diferencia entre incumplimiento contractual y desequilibrio económico del contrato? .....	161
3.¿Qué entiende nuestra jurisprudencia por hecho del príncipe?.....	164
4.¿Qué entiende nuestra jurisprudencia por teoría de la imprevisión?.....	166
5.¿Cual es el regimen jurídico de las potestades excepcionales? .....	167
6.¿Cuáles son las finalidades de las potestades excepcionales?..	172
7.¿Cuál es el límite de aplicación de la caducidad?.....	180
8.¿Cuál es el régimen jurídico para regular las multas y la cláusula penal pecuniaria en los contratos estatales? ..	193
9.¿Qué es el contrato de obra y cuáles son sus características cuando los celebra una entidad del Estado?.....	195
10.¿Cuáles son las posibles modalidades de pago del contrato de obra estatal ? .....	199
11.¿En qué consiste el contrato de interventoría? .....	201
12.¿Cuál es la relación de responsabilidad entre el contratista ejecutor de la obra y el contratista interventor? .....	209
13.¿Cuándo se presenta la teoría del contrato realidad en un contrato de prestación de servicios?.....	218
14.¿En qué consiste la fiducia pública? .....	222

**C. La terminación y liquidación del contrato ..... 228**

1.¿Cuáles son los medios normales de terminación del contrato?.....	229
2.¿Cuál es la relación entre la terminación y la liquidación del contrato? .....	233
3.¿Cómo se ha definido la liquidación del contrato?.....	240
4.¿En qué consiste la liquidación unilateral del contrato? .....	243
5.¿En qué consiste la liquidación bilateral del contrato? .....	245
6.¿Cuáles son los tiempos para realizar la liquidación del contrato estatal? .....	258



# Presentación

Una vez concluido nuestro trabajo de investigación, logramos precisar un gran valor jurisprudencial dentro de las actividades contractuales que adelanta el Estado. Por la voluminosa jurisprudencia, la presencia de nuevas entidades en el sector y la dispersión normativa, un gran número de interrogantes se han venido desarrollando por parte de las entidades públicas, por lo que se hace necesaria una herramienta idónea y objetiva que permita condensar las preguntas y respuestas más relevantes en la contratación estatal, con el fin de permitir a las autoridades la adopción de decisiones fundamentadas de forma clara y respetuosa con el régimen legal y constitucional vigente.

La presente investigación supuso la creación de tal herramienta. En tanto, buscamos estructurar la metodología de la investigación de la siguiente manera: Primero, encontrar las preguntas generales pero relevantes abordadas por la jurisprudencia en lo relacionado con los principios, o la parte dogmática que integra el sistema de contratación estatal en Colombia. Consecuentemente, luego de estructurar los mayores interrogantes y sus correspondientes respuestas de la parte dogmática, se procedió a estudiar la parte especial de la contratación estatal, siendo este tomo su lugar de presentación. En tal sentido, se recopilaron

providencias judiciales de las Altas Cortes y decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación. Así, se logró recopilar, en un principio, 1.151 sentencias del Consejo de Estado, 188 de la Corte Constitucional, 58 de la Corte Suprema de Justicia y 177 fallos de la Procuraduría General de la Nación.

Pese al voluminoso número de sentencias y decisiones recopiladas, con base en los temas que se habían propuesto como los más relevantes, estas empezaron a decantarse. La respuesta de este fenómeno se desarrolla, a nuestro parecer, como uno de los mayores retos a los que deben enfrentarse no solo las Altas Cortes, sino los órganos encargados de desarrollar directrices que permitan a los funcionarios y entidades actuar y decidir conforme al orden constitucional y legal, como lo es en este caso el Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP).

Nos permitimos, por tanto, hacer un diagnóstico breve frente a cada tema propuesto e investigado, con el fin de presentar algunas conclusiones e interrogantes que esperamos se resuelvan con el desarrollo de más herramientas como esta.

Frente a los principios constitucionales de la contratación estatal, desarrollamos los que encontramos con mayor relevancia constitucional y legal. Sobre el principio de legalidad, encontramos que la vigencia de la Ley 1150 de 2007 se sustentó en la potestad reglamentaria del Estado, y aun estando supeditado a la reglamentación de esta ley, se generó una alerta para la estructuración de las disposiciones reglamentarias que orientarían la materia a partir de 2008. Adicionalmente, encontramos que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se fortaleció, por lo que también se generaron suscitadas controversias. Precisamente así sucedió, puesto que la mayor parte de las decisiones que encontramos respecto del principio de legalidad se centraron en establecer claridad frente a la potestad reglamentaria enmarcada por el Legislador a partir de la Ley 1150 de 2007, así como las provenientes del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y sus consecuentes sanciones frente a cualquier forma de transgresión.

Sin embargo, no fue tal la satisfacción frente al desarrollo de la investigación del principio de planeación presupuestal, o el principio de representación en el gasto. Esto genera interrogantes para la investigación.

Pues bien, siendo un tema tan relevante y necesario, aún no queda claridad sobre si la falta de respuestas a interrogantes sea por suficiente conocimiento, o por falta de desarrollo normativo, por lo que queda esperar a mayor desarrollo jurisprudencial para comprender la situación, pues no queda duda alguna de que estudiar la planeación del Estado bajo la amenaza de una nulidad absoluta genera efectos sensibles ante la inversión de los particulares.

En la misma línea, el principio de buena fe estuvo bastante desarrollado por la jurisprudencia. No podría ser diferente si se predica como un principio fundante y fundamental en el sistema jurídico colombiano y, por réplica, en el Sistema General de la Contratación Estatal. Esto para la investigación resultó plenamente satisfactorio en la medida que encontramos cómo el principio de la buena fe se predica no solo de la ejecución contractual, y pese a la existencia de unos límites de este, su aplicación no se ha visto coartada.

Para los principios generales encontramos que hubo menor desarrollo en comparación con los principios constitucionales en lo relacionado con el principio de publicidad a la contratación estatal. Esto resulta también interesante como objeto de desarrollo en posteriores investigaciones. Parecería ser que la implementación del Secop ha sido un gran paso dentro de los deberes de los servidores públicos para cumplir con este principio.

De igual forma, frente al principio de autonomía de la voluntad de las partes, como expresión de un principio de interpretación, restringido en el Sistema de Contratación Estatal, encontramos poca jurisprudencia, aunque bastante amplia y detallada. Esto también parece ser satisfactorio, a consideración de la investigación, puesto que en aquellas sentencias encontramos reflejado el principio de legalidad en principio desarrollado, como reflejo y respuesta a la necesidad de regular y limitar la libertad de las actuaciones en el Derecho Público, sobre todo en la contratación estatal, permitiéndonos comprender nuevamente que la contratación no es un fin en sí mismo, sino un medio para la satisfacción del interés general, como también expresaron las sentencias allí desarrolladas.

Asimismo, encontramos que en los principios especiales, el más desarrollado fue el de selección objetiva, aunque, paradójicamente, el menos desarrollado fue el de transparencia. Igualmente, el principio de economía, así como el del debido proceso administrativo y el de responsabilidad,

fueron poco desarrollados, en comparación con el primero. Sin embargo, debe aclararse que esto se debe, según la investigación propuesta, a que estos otros principios fueron y son de cierta manera subsumidos por los más desarrollados. Así, a manera de ejemplo, el principio del debido proceso administrativo no tuvo tanto desarrollo, siendo el estudiado, aunque sí fue desarrollado y estudiado en el principio de legalidad, como también ocurrió con el principio de responsabilidad.

Pasando al diagnóstico del segundo volumen, sobre el estudio acerca del contrato estatal, su terminación y liquidación, encontramos también varias situaciones que permiten entender la dinámica de la actualidad, así como la suscitación de varias dudas.

Encontramos, frente a las modalidades de selección de contratistas, que hubo mayor desarrollo en lo relacionado con la contratación directa. Sin embargo, pocas decisiones relevantes encontramos frente a las causales de licitación pública, selección abreviada y mínima cuantía. Esto, enfrentado a la realidad, a consideración de la investigación, se presenta sobre todo porque las modalidades de selección se desarrollan en la jurisprudencia de forma amplia con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2.007. Por ende, las modalidades de selección en vigencia de esta ley pasan a un segundo plano y se convierten en un instrumento procedimental para el cumplimiento de un fin.

Ahora bien, no cabe duda de que las controversias originadas en los procesos de selección se surten a partir de los principios, lo que quedó demostrado en el primer tomo de esta obra. Sin embargo, podría también encontrarse que las Altas Cortes hasta el momento no han tenido la oportunidad para pronunciarse sobre modalidades de selección como subasta inversa, acuerdos marco de precios, mínima cuantía, bien sea por el monto de los procesos o bien por la congestión judicial.

Frente al contrato estatal, así como a su ejecución y liquidación, encontramos que el mayor desarrollo se encuentra en el perfeccionamiento. Esto, a consideración de la investigación, se debe a que existe una protección penal que permite una amplia actividad jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, que en principio no tiene una cantidad significativa de sentencias en el tema de la contratación pública.

Frente a este diagnóstico, podemos concluir que la jurisprudencia ha tomado un papel activo en el desarrollo de la solución de múltiples problemas; sin embargo, la causa de estos problemas no ha sido aún detenida o estructurada del todo, como sucede con la dispersión normativa. Podemos concluir también que hace falta el estudio de las situaciones que permiten que haya tantos problemas en algunos sectores de la contratación frente a la ausencia de ellos en otros sectores de igual importancia.

**Ana María Bonilla**

Asistente de investigación

Consultoría Jurídica de Colombia







# Introducción

Por: Jaime Chaves Villada

**H**an sido materia de estudio en nuestro trabajo la jurisprudencia y fallos de la Procuraduría General de la Nación en los últimos nueve años de vigencia de la Ley 1150 de 2007. En este tiempo hemos podido entender muchos fenómenos jurídicos de nuestro Estado de derecho, partiendo principalmente del gran papel protagónico que tienen el juez y los organismos de control para el desarrollo del día a día de los servidores públicos en su relación con los particulares, específicamente hablamos de los contratos que celebran entre ellos.



Claramente, no es posible consolidar todos los temas y todas las áreas relacionados con la materia que nos ocupa. A título de ejemplo, encontramos materias que se nos quedan en el tintero, como las garantías, el registro único de proponentes, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los asuntos procesales y los tratados internacionales. Materias de mucha relevancia para nuestra área de la contratación estatal, sobre todo si se parte de la base de un mercado orientado por la libre competencia y el derecho a la igualdad.

Sin lugar a dudas, temas como la asociación de particulares para aunar esfuerzos y lograr cumplir con los indicadores establecidos por los pliegos de condiciones, la responsabilidad fiscal, contractual y extracontractual, los diferentes contratos típicos y atípicos que celebra el Estado y con ello la participación de los organismos auditores de la gestión contractual merecen capítulo aparte y estudios aun más profundos de los que hemos presentado al público en los dos tomos que componen esta obra.

No obstante lo anterior, hemos asumido el gran reto que nos propuso el IEMP de crear un instrumento de estudio práctico sobre problemas jurídicos de la cotidianidad que demanda respuestas inmediatas y satisfactorias para los constantes cambios propios de un mercado creciente, inagotable y necesario para el cumplimiento de los fines constitucionales.

En esa medida hemos abordado esta romántica materia de estudio a partir de la revisión integral de fallos y providencias, en la que destacamos la mayoría de los problemas a partir de principios, perfeccionamiento del contrato, su ejecución y liquidación. Buscamos generar un campo de estudio que relacione la etapa precontractual con la contractual y poscontractual, siguiendo un hilo conductor de temas que en breve se fueron explicando para dar paso a los relevantes pronunciamientos de nuestras Altas Cortes y de la Procuraduría General de la Nación, esta última encargada, entre otros, de velar por ese insoslayable y muchas veces perdido deber de buena conducta de los encargados de cumplir con las funciones públicas.

En el actual momento nos encontramos frente a una necesidad manifiesta del Estado por cumplir los fines constitucionales que se le han encargado; nos encontramos frente a un latente posconflicto que ha

generado las mayores alertas dentro de los cimientos mismos de nuestras instituciones, previendo con ello la integral carencia del Estado para acudir a sus particulares colaboradores y solo así lograr cumplir con los compromisos que de una u otra forma ha adquirido en nombre de todo el pueblo a que representa.

Por lo anterior, la contratación estatal en los próximos años tomará un rumbo diferente al conocido; no nos queda duda de que los actuales modelos de contratación no serán suficientes para responder a los requerimientos de las instituciones, por lo que deberá acudirse a las modificaciones del sistema actual para incluir en él unas garantías mucho mayores en la participación transparente y competitiva. Para ello nuestros funcionarios deben contar con herramientas ágiles en mercados que brinden los mayores beneficios para sus compras; dichos mercados no solamente pueden quedar en los límites de nuestro domicilio, sino que deberá hacerse uso de la tecnología para abrir campos más amplios de comercio nacional, llevando ello a una necesidad de mejora en las propuestas que hoy en día se presentan a nuestros procesos de contratación.

No cabe duda de que en un mercado invadido por grandes vendedores online, el Estado debe ser uno de sus usuarios, pero ello correlativamente genera una formación diferente para los gestores de la contratación, puesto que en nada puede convertirse el presupuesto de los colombianos cuando cae en manos de personas buscando sus propios fines y no los supremos. El mayor índice de corrupción se presenta en los contratos con el Estado; eso debe cambiar, no es posible que las necesidades de los más urgidos se queden en las talanqueras de quienes no conciben el cumplimiento de sus deberes legales.

Dentro de este contexto hemos querido indagar en el presente documento cuáles son esos problemas jurídicos que en las modalidades de selección de contratistas y en el marco de la ejecución y liquidación del contrato más afectan la eficaz inversión de los recursos públicos. Se ha encontrado que tanto la contratación directa como la celebración indebida de contratos por la falta de planeación y cumplimiento de formalidades han llevado a imponer sanciones disciplinarias, penales y administrativas, lo cual es muestra de una falencia estructural de las instituciones.

Así las cosas, presentamos al público un trabajo desarrollado con el mayor rigor posible para proponer una herramienta de consulta a los gestores de la Administración y a los particulares que acuden al Estado en pro de un negocio que les permita satisfacer sus intereses. Ahora bien, en ese negocio para unos y otros no debe olvidarse que la razón de su vínculo será la prevalencia del interés general, elemento que infortunadamente y con facilidad se olvida.

El autor