

JAIME ORLANDO
SANTOFIMIO GAMBOA

TRATADO
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO

CONTRATACIÓN INDEBIDA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO	
LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO	19
I. El surgimiento de una teoría sobre el contrato estatal	21
A. La construcción de un sistema jurídico para los contratos del Estado. Actos de autoridad y actos de gestión	24
B. Los primeros intentos para consolidar una teoría autónoma del contrato del Estado. La llamada sustantividad del contrato administrativo	26
1. La influencia francesa en la formación de la teoría de la sustantividad	27
2. El momento crucial de la teoría: los servicios públicos	29
3. La recepción nacional de la teoría	32
C. La reacción doctrinal contra la sustantividad: teoría de la unidad o identidad del contrato administrativo y el privado	33
D. La persistencia de un estricto derecho privado para el contrato del Estado. El individualismo jurídico	35
E. La negación del contrato del Estado. El unilateralismo jurídico	36
F. El interés público como base de la distinción entre derecho público y privado en el contrato del Estado	37
G. El modelo anglosajón. El contrato de derecho privado como contrato estatal	38
II. El derecho público y privado en los contratos estatales. La recepción nacional de la unidad o identidad del contrato administrativo y privado	41
A. Neoliberalismo y contrato estatal	43
B. El derecho administrativo y el privado como subsistemas del derecho positivo configuradores de la legalidad del contrato estatal	48
III. La teoría del contrato estatal y sus relaciones con el derecho penal, principalmente en la celebración indebida de contratos	52
IV. Caracterización del contrato estatal en el Código Penal	57
A. Características de los tipos penales de celebración indebida de contratos	57
1. Violación del régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades	63
2. Interés ilícito o indebido en la celebración de contratos	65
3. Contratos sin cumplimiento de requisitos legales	67
B. El concepto de servidor público en los delitos de celebración indebida de contratos. Responsabilidad	67
C. Responsabilidad de otros sujetos del proceso contractual no propiamente servidores públicos	76

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DESVÍO DE PODER EN EL CONTRATO ESTATAL Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO PENAL. INTERÉS ILÍCITO O INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS	79
I. El desvío de poder como negación del interés general en el contrato estatal. Fundamentos del interés ilícito o indebido (arts. 145 C. P. de 1980 y 409 C. P. de 2000)	81
A. El interés general como elemento central del ilícito establecido en los artículos 145 C. P. de 1980 y 409 C. P. de 2000	84
B. El desconocimiento del interés general. Desvío de poder	88
C. Situación penal y disciplinaria por el desconocimiento del principio del interés general	92
II. Los conceptos de contrato y de operación administrativa como elementos del ilícito regulado en los artículos 145 C. P. de 1980 y 409 C. P. de 2000	95
A. Cualquier clase de contrato como presupuesto de la norma penal	95
B. La operación administrativa en el contrato estatal como presupuesto de la norma penal	98
III. Posición de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos	103

CAPÍTULO TERCERO

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO PRESUPUESTO DEL CONTRATO ESTATAL. REPERCUSIONES EN EL DERECHO PENAL POR DESCONOCIMIENTO DE SUS EXIGENCIAS ESENCIALES	109
I. El ilícito de contratos sin cumplimiento de requisitos legales. Legalidad esencial y no esencial o relativa en el contrato estatal	111
A. Características del principio de legalidad en el contrato estatal	114
B. La actividad reglada como norma general y de derecho administrativo en el contrato estatal	119
C. La discrecionalidad como regla de excepción en el contrato estatal	121
D. Principio de legalidad. Criterios para identificar cuáles son los requisitos legales esenciales y no esenciales del contrato estatal	128
1. La ineficacia de los actos jurídicos como punto de partida para la identificación sustancial de los requisitos esenciales	131
2. La inexistencia como referente para la determinación de los requisitos esenciales	133
3. La nulidad absoluta como referente para la determinación de los requisitos esenciales	134
4. La ineficacia de pleno derecho como referente para la determinación de los requisitos esenciales	141

5.	La nulidad relativa como criterio para excepcionar la presencia de requisitos esenciales en el contrato estatal	142
II.	Requisitos legales para el trámite de un contrato estatal	143
A.	Características del principio de la planeación aplicado al contrato estatal	144
1.	Cumplimiento de exigencias técnicas previas. Elaboración de proyectos	146
2.	Cumplimiento previo de las exigencias del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación	152
3.	Cumplimiento previo del análisis de oportunidad para la celebración del contrato. Estudios previos	160
4.	Cumplimiento previo del análisis o estudio de los mercados para la determinación del precio del contrato	166
5.	Obtención de licencias, permisos y demás exigencias normativas	173
6.	Elaboración de pliegos de condiciones, términos de referencia, solicitudes de oferta	177
7.	Requisitos previos relacionados con el proponente	184
B.	Características del principio de transparencia aplicado al contrato estatal	188
1.	La licitación pública o concurso público. Regla general	195
a.	Pliegos o términos de referencia. Reglas administrativas rectoras de carácter general del proceso licitatorio	197
b.	Selección objetiva en la licitación o concurso público	198
c.	Publicidad previa. Publicidad de proyectos de pliego y textos definitivos de los mismos. Información a cámaras de comercio	202
d.	Acto precontractual de apertura	204
e.	Publicidad de la apertura de la licitación	206
f.	Controversia previa sobre el alcance y contenido de los pliegos de condiciones o términos de referencia	206
g.	Término o plazo en la licitación o concurso para la apertura y cierre de la licitación	207
h.	Características materiales de las propuestas y solicitud de aclaraciones por la administración. Alcance del artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993 y del parágrafo del artículo 4.º del Decreto 2170 de 2002	208
i.	Término o plazo para la elaboración de los estudios técnicos, económicos y jurídicos evaluativos de las propuestas	214
j.	Publicidad y controversia de los estudios o evaluaciones técnicas, económicas o jurídicas	215
k.	Conformación dinámica de la oferta	216
l.	Término o plazo para la adjudicación	217
m.	Audiencia pública	218
n.	Formalidades del acto de adjudicación	220
o.	Suscripción del contrato	221
2.	Contratación directa. Regla de excepción	222

a. Aplicación de los principios generales de la contratación a la contratación directa	224
b. Procedimiento para la contratación directa. Formalidades de los pliegos.	225
c. Contratación directa y los delitos de celebración indebida de contratos	227
d. Conformación dinámica de la propuesta en contratación directa	227
e. Selección objetiva en la contratación directa	229
f. Contratos de menor cuantía. Literal a del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 11 del Decreto 2150 de 2002	230
g. Contratos de empréstito. Contratos relativos al crédito público. Literal b del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 6.º del Decreto 855 de 1994 y el Decreto 2681 de 1993	239
h. Contratos interadministrativos. Párrafo del artículo 2.º y literal c del 24.1, de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 7.º del Decreto 855 de 1994. Contratación con cooperativas y asociaciones de municipios	247
i. Contratos de prestación de servicios profesionales. Literal d del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002	256
j. Contratación directa en razón de licitaciones frustradas. Literales g, h y j del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002	270
k. Contrato de arrendamiento. literal e del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993	274
l. Adquisición de bienes y servicios para la defensa y la seguridad nacional. Literal i del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 4.º del Decreto 855 de 1994	274
m. Contratos para la prestación de servicios de salud. Literal l del numeral 1 del artículo 24 en concordancia con el artículo 11 del Decreto 855 de 1994 y la Ley 100 de 1994	276
n. Contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Literal m del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 18 del Decreto 855 de 1994 y la Ley 489 de 1998	278
o. Contratos sobre productos agropecuarios. Literal k del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 10.º del Decreto 855 de 1994	280
p. Contrato de seguros. Literal c del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 18 del Decreto 2170 de 2002	280

q.	El sistema de martillo. Parágrafo 3.º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 14 del Decreto 855 de 1994. Venta de inmuebles	283
r.	Adquisición de inmuebles. Literal e del artículo 24.1 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los artículos 15 y 17 del Decreto 855 de 1994	287
s.	Contratación de urgencia manifiesta. Literal f del artículo 24.1, en concordancia con los artículos 41 a 43 de la Ley 80 de 1993	289
t.	Contratos para los procesos electorales. Artículo 214 del Código Electoral	293
u.	Contratación de intermediarios de seguros	294
3.	Procedimientos de excepción a la licitación pública y a la contratación directa donde se aplica el derecho privado	301
a.	Contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos	302
b.	Contratos de las empresas sociales del Estado	310
c.	Contratos de las universidades públicas	313
d.	Contratos de establecimientos de crédito, compañías de seguros, entidades financieras de carácter estatal	315
4.	Contratos con entidades o fondos de organismos multilaterales de crédito	315
5.	Contratos con personas extranjeras de derecho público	320
6.	Contratos con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional	321
7.	Contratos celebrados y ejecutados en el exterior por autoridades colombianas	326
8.	Contratos celebrados en exterior para ejecutarse en Colombia	328
9.	Contratos celebrados en Colombia que deban ejecutarse en el exterior	329
10.	Acuerdos gobierno a gobierno	330
C.	Características del principio de escogencia objetiva aplicado al contrato estatal	331
III.	Requisitos legales para la celebración de un contrato estatal. Requisitos legales esenciales y no esenciales derivados de las condiciones de existencia y validez del contrato estatal	336
A.	Condiciones de existencia del contrato estatal	338
B.	Condiciones de validez o legalidad del contrato estatal	342
1.	Sujeto o parte contratante. Entidades estatales. Competencia o capacidad. Representación. Consentimiento	344
a.	Entidades estatales para efectos de la ley contractual. Criterios o reglas para su identificación	344
b.	Competencia o capacidad de las entidades estatales para contratar	355

c.	Atribuciones o funciones de los servidores públicos para comprometer contractualmente a las entidades estatales. El problema de la representación dentro del contrato estatal	358
d.	Delegación y desconcentración de la competencia de los servidores públicos para comprometer contractualmente a las entidades estatales	361
e.	Consentimiento en el contrato estatal	368
2.	Objeto en el contrato estatal	369
3.	Causa o motivo en el contrato estatal	370
4.	Finalidad en el contrato estatal	371
5.	Las formas del contrato estatal	372
C.	Requisitos legales fundamentales del contenido del contrato para la debida celebración del mismo. Régimen de excepción. Garantías. Requisitos legales de algunos contratos típicos y de otros innominados	373
1.	Cláusulas excepcionales	376
2.	Régimen de garantías	379
3.	Requisitos legales de algunos contratos típicos y de otros innominados	383
D.	Requisitos legales para la ejecución del contrato estatal	385
IV.	Requisitos legales para la liquidación de un contrato estatal. Requisitos legales esenciales y no esenciales derivados del principio de legalidad	387
A.	Equilibrio entre prestaciones y derechos como base de la liquidación. Principio de la conmutatividad. Existencia de diferencias negociales	388
B.	Término o plazo para la liquidación de mutuo acuerdo	390
C.	Contenido de la liquidación de mutuo acuerdo	392
D.	Liquidación de contratos nulos	393
E.	Liquidación unilateral y judicial	395

CAPÍTULO CUARTO

	VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	397
I.	El propósito de las inhabilidades e incompatibilidades en el Estado de derecho	399
A.	Inhabilidades e incompatibilidades en la Ley 80 de 1993	406
1.	Inhabilidades para contratar establecidas en normas constitucionales y en otras leyes. Muerte política de corruptos (Acto Legislativo 01 de 2004)	408
2.	Inhabilidad de quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos estando inhabilitados	410
3.	Inhabilidad de quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad	411
4.	Inhabilidad de quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y de quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución	411
5.	Inhabilidad de quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado	412

6. Incompatibilidad de los servidores públicos en materia contractual	413
7. Inhabilidad por parentesco, matrimonio y unión permanente	415
8. Inhabilidad por parentesco, matrimonio y unión permanente entre miembros de sociedades proponentes	417
9. Inhabilidad de sociedades de personas y de sus miembros por caducidad	418
10. Incompatibilidad de ex miembros de juntas directivas y ex servidores públicos	419
11. Inhabilidad por parentesco con servidores públicos	420
12. Inhabilidad por matrimonio o unión marital	421
13. Inhabilidad por participación o desempeño de cargos de un servidor público o sus allegados en personas jurídicas interesadas en contratar	422
14. Incompatibilidad de los miembros de las juntas o consejos directivos	424
B. De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades	425
C. Otras inhabilidades e incompatibilidades de carácter legal	426
1. Inhabilidad por mala fe en información para inscripción en cámara de comercio	426
2. Inhabilidad por declaratoria de responsabilidad civil o penal con ocasión del contrato estatal	428
3. Inhabilidad por medida de aseguramiento	429
4. Incompatibilidad para intervenir en remates o ventas en pública subasta o adquirir bienes que se vendan por las entidades públicas	430
5. Inhabilidad por información falsa al celebrar contrato	434
6. Inhabilidad de los congresistas para contratar	435
7. Inhabilidad por responsabilidad fiscal	438
8. Incompatibilidad de autoridades locales y departamentales para intervenir en actuaciones contractuales	440
9. Incompatibilidad por conflicto de intereses	440
10. Inhabilidad de representante legal o miembro de junta de persona privada que hubiere ejercido funciones administrativas	441
11. Incompatibilidades de los gobernadores	441
12. Incompatibilidades de los diputados	442
13. Incompatibilidades de los alcaldes	443
14. Incompatibilidades de los concejales	443
15. Incompatibilidades de los miembros de juntas administradoras locales	445
16. Prohibición general para los parientes de funcionarios departamentales y locales	446
17. Incompatibilidades e inhabilidades de los vocales de control y sus parientes en materia de servicios públicos	448

18. Inhabilidad de deudores morosos de las entidades estatales	448
BIBLIOGRAFÍA	451
ÍNDICE ONOMÁSTICO	457
ÍNDICE DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	461