
JOSÉ LUIS
BENAVIDES

EL CONTRATO ESTATAL
ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

CONTENIDO

PREFACIO	17
INTRODUCCIÓN	19
ABREVIATURAS	23
CAPÍTULO PRELIMINAR	
CONTEXTO Y CONTENIDO DE LA LEY 80 DE 1993	25
I. UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN	27
A. Reequilibrio de las relaciones entre la administración y sus contratistas	27
1. Imperativos económicos	27
a. La mundialización y los contratos de la administración: un cambio ideológico	27
b. Carencias de las entidades públicas	29
c. Gestión pública comercial	31
2. Contractualismo	32
a. Fin del monopolio del interés general	33
b. Gestión contractual: los nuevos equilibrios	35
B. Dificultades insuperables del antiguo estatuto	37
1. Contratos no incluidos en la lista del artículo 16	42
a. Interpretación de textos	42
b. Incertidumbre jurisprudencial	43
2. Los contratos privados y los actos contractuales	46
II. LA LEY 80 DE 1993	50
A. Vocación universal	50
1. Legislación adicional a la Ley 80	54
2. Restricción jurisprudencial de las excepciones	56
3. Contratos excluidos de la Ley 80	63
a. Excepciones previstas por la Ley 80	63
b. Excepciones previstas por la Constitución	67
B. Noción de contrato estatal ligada a su doble finalidad	69
1. Acuerdo de voluntades	69
2. Efectos jurídicos	71
a. Más allá de la oposición de intereses de las partes	72
b. Regulación de intereses de las partes	74
C. Medios para lograr la doble finalidad del contrato estatal	75
1. Ley de principios	75
2. Régimen jurídico mixto	78
a. Regla general de aplicación del derecho privado	78
b. Aplicación dosificada del derecho público	79
3. Garantías del cumplimiento de las finalidades	82

Consejo Superior de la Judicatura

a. Control de la gestión contractual	83
b. Unidad de jurisdicción	84
 PRIMERA PARTE	
LÓGICA CONTRACUAL: RETORNO A LOS MEDIOS DE DERECHO PRIVADO	87
 TÍTULO PRIMERO	
CONCEPTOS	91
 CAPÍTULO PRIMERO	
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	93
 I. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO PRIVADO:	
TRADUCCIÓN JURÍDICA DE UN CONCEPTO POLÍTICO	96
A. Surgimiento del principio de la autonomía de la voluntad	96
1. Fundamentos filosóficos y económicos	97
2. Consecuencias del principio	98
B. Creación de un mito: la autonomía de la voluntad	100
1. Noción tardía y controvertida	100
2. Clima de crisis propicio	101
C. Crisis de la teoría de la autonomía de la voluntad	103
1. Intensificación del intervencionismo	104
2. Origen objetivo de la fuerza vinculante del contrato	105
a. La regal moral	106
b. La regla positiva	107
 II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN	
CONTRATANTE: ¿UNA NOCIÓN PARADÓJICA?	108
A. Marco constitucional	111
1. El legislador es libre de fijar el régimen jurídico de los contratos de la administración	112
2. Régimen de autorizaciones legales para contratar	114
a. La autorización legal general e indispensable	115
b. Las autorizaciones especiales son excepcionales	116
B. Relación entre la ley y el reglamento	118
1. El reglamento como complemento de la ley	118
2. Espacio reducido del reglamento	120
C. La práctica reglamentaria	124
1. Reglamentos impuestos por la Ley 80	124
2. Reglamentos de ejecución	127
 CAPÍTULO SEGUNDO	
ECUACIÓN CONTRACTUAL	129
 I. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SIN FALTA EN EL DERECHO FRANCÉS	133

A.	Costo de la adaptación del contrato administrativo: la responsabilidad pública	132
B.	Teorías sobre el fundamento de la responsabilidad	135
C.	Principios generales de esta responsabilidad	138
II.	LA ECUACIÓN CONTRACTUAL EN LA LEY 80 DE 1993	139
A.	Deficiencia conceptual de los textos	139
B.	Principio general de la ecuación contractual	142
1.	Interpretación del derecho positivo	143
2.	Los riesgos contractuales	145
C.	Las contradicciones	151
1.	Causas imputables a la administración	151
a.	Incumplimiento de la entidad contratante	151
b.	Prerrogativas contractuales de poder público	152
c.	El hecho del príncipe	154
2.	Hechos imprevistos extraños a las partes	157
	CONCLUSIÓN DEL TÍTULO PRIMERO	159
	TÍTULO SEGUNDO	
	MANIFESTACIONES	161
	CAPÍTULO PRIMERO	
	LIBERTAD	163
I.	LIBERTAD DE CONTRATAR	165
A.	Identificación de la persona responsable del contrato	166
1.	Determinación de la competencia contractual	167
2.	Eliminación de controles de tutela administrativa	169
B.	Amplitud de la desconcentración y de la delegación	171
II.	LIBERTAD DE DETERMINAR EL CONTENIDO CONTRACTUAL	178
A.	Evolución hacia la libertad sobre el contenido contractual	179
B.	Consolidación de la libertad sobre el contenido contractual	181
1.	Escogencia del contrato y determinación de su contenido	181
2.	Determinación de las actividades contratables	183
C.	Práctica contrastada	187
III.	¿HACIA EL CONSENSUALISMO CONTRACTUAL?	191
A.	Soluciones frente al formalismo del antiguo estatuto	191
1.	Los textos	191
2.	Teoría del enriquecimiento sin causa del Consejo de Estado	194
B.	Consensualismo contractual de la Ley 80	198
C.	La jurisprudencia	206
1.	El contrato estatal: un contrato formalista	206
2.	Enriquecimiento sin causa y consensualismo	208

a. Falla del servicio	209
b. Intercambio objetivo de prestaciones	212
CAPÍTULO SEGUNDO	
RESPONSABILIDAD	219
I. RESPONSABILIDAD PERSONAL	221
A. Reforzamiento de la responsabilidad personal de los servidores públicos	222
1. Principio de concentración de la responsabilidad personal	223
2. Tipos de responsabilidad personal	226
B. Responsabilidad de los contratistas	231
1. Responsabilidad penal	231
2. Responsabilidad pecuniaria civil	232
II. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: UN DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE	236
A. Autonomía en la resolución de litigios	236
1. Transformación de una concepción estrecha sobre la competencia administrativa en la solución de litigios	236
2. Resolución directa de conflictos: una obligación de las entidades contratantes	238
B. Mecanismos alternativos de solución de litigios	243
1. La conciliación: un mecanismo privilegiado	243
2. El arbitraje	247
CONCLUSIÓN DEL TÍTULO SEGUNDO	252
CONCLUSIÓN DE LA PRIMERA PARTE	253
SEGUNDA PARTE	
PERSISTENCIA DEL DERECHO PÚBLICO	255
TÍTULO PRIMERO	
RACIONALIZACIÓN RELATIVA DE LOS TEXTOS	261
CAPÍTULO PRIMERO	
RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE CONTRATAR	263
I. LIMITACIONES A LA COMPETENCIA Y LA CAPACIDAD	265
A. Reglas presupuestales	265
1. Fuente constitucional	266
2. Restricción en los contratos adicionales	269
3. Una práctica contrastada	271
B. Restricciones a la capacidad de los contratistas	278
1. Régimen reforzado de inhabilidades e incompatibilidades	278

a.	Diferencia entre las dos nociones	278
b.	Finalidades de la institución	279
c.	Reforzamiento del régimen	281
2.	Registro de proponentes	283
a.	Solución de los antiguos problemas	283
b.	Sistema simple centrado sobre la transparencia del registro	284
II.	RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA	285
A.	Selección objetiva del contratista	287
1.	La buena formulación de las necesidades de la administración	288
2.	Criterios objetivos de selección	289
a.	Transparencia y concurrencia	289
b.	Igualdad de los candidatos	291
c.	Parámetros de selección	292
B.	Procedimientos de selección del contratista	292
1.	Licitación y concurso públicos: un procedimiento más flexible	293
a.	Pliego de condiciones y términos de referencia: espacios de libertad y de autodeterminación	293
b.	Transparencia en todas las etapas del proceso de selección	302
c.	Respeto riguroso de los criterios de selección preestablecidos	304
2.	La contratación directa: entre libertad y restricción	308
a.	Libertad extendida por los textos legales	310
1.	Un procedimiento frecuente	310
2.	Finalidad económica	313
b.	Reglamentación restrictiva de la libertad	315
CAPÍTULO SEGUNDO		
PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO Y SERVICIO PÚBLICO		
I.	ESENCIA DE LAS PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO FRANCÉS	322
A.	Criterios de identificación del contrato administrativo	322
1.	La cláusula exorbitante	323
a.	Tipos de cláusula exorbitante	323
b.	Carácter incierto de la noción	326
2.	El servicio público	328
a.	Distintos tipos posibles de vínculo con el servicio público	329
b.	Obstáculos de la aplicación del criterio de servicio público	331
3.	Interdependencia de los criterios de identificación del contrato administrativo	332
B.	Fundamento extracontractual de las prerrogativas de poder público	334
1.	Modificación unilateral del contrato administrativo: un principio general en el derecho francés	334
2.	El servicio público: fundamento de las prerrogativas de poder público	336

II.	EL SERVICIO PÚBLICO: CATALIZADOR DE PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO EN EL DERECHO COLOMBIANO	338
A.	Restricción general de las prerrogativas de poder público	338
1.	El contrato: ley para las partes	339
a.	Interpretación del contrato según sus cláusulas	339
b.	Aplicación de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	341
2.	Restricciones de los privilegios de la administración	345
a.	Pérdida de la ejecutoriedad de oficio de los actos contractuales	345
b.	Restricción de los privilegios procesales	348
1.	Prohibición de ordenar comportamientos a la administración	349
2.	Principio de inembargabilidad de los bienes públicos	350
3.	Prohibición de condena en costas	353
B.	Las cláusulas excepcionales al derecho común	355
1.	Cláusula excepcional y desigualdad jurídica entre las partes	355
a.	Los textos del derecho privado y la desigualdad jurídica de las partes	356
b.	Amplia autonomía reconocida por la jurisprudencia ordinaria	359
c.	Lectura matizada de la concepción del Consejo de Estado	363
2.	El servicio público legitima y limita las cláusulas excepcionales	368
a.	No hay prerrogativas de poder público sin texto legal	369
b.	Sistema de dosificación de las cláusulas excepcionales	373
1.	Vínculo directo entre las cláusulas excepcionales y el servicio público	373
2.	Gradación de las cláusulas	375
c.	Control del juez administrativo	378
	CONCLUSIÓN DEL TÍTULO PRIMERO	382
	TÍTULO SEGUNDO	
	EL DESBORDAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA	385
	CAPÍTULO PRIMERO	
	CONSOLIDACIÓN DE PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO	387
I.	FUERZA CENTRÍPETA DEL SERVICIO PÚBLICO	389
A.	Valor reforzado del servicio público	390
1.	Consagración constitucional	390
2.	Fuerza de la finalidad del servicio público	392
a.	La Corte Constitucional	392
b.	El Consejo de Estado	392
B.	Retorno al criterio del servicio público	395
1.	Servicio público e interés general	396
2.	Vínculo directo con el servicio público	397

II.	JUSTIFICACIÓN DE LAS PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO: UNA RAZÓN DE ESTADO	405
A.	Prerrogativas contractuales distintas de las cláusulas excepcionales	405
1.	Prerrogativas implícitas	405
a.	Liquidación unilateral del contrato	406
b.	Terminación unilateral fundada sobre la nulidad contractual	407
2.	Extensión de las cláusulas excepcionales	410
B.	Prerrogativas extracontractuales	414
1.	La imposición de multas	415
2.	Ejecución de oficio de los actos contractuales	417
3.	Declaración unilateral de incumplimiento contractual	418
a.	Primer caso	418
b.	Segundo caso	418
4.	Declaración de siniestro del riesgo asegurado	421
CAPÍTULO SEGUNDO		
APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL		427
I.	TEORÍAS FRANCESAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SIN CULPA	429
A.	Las sujeciones imprevistas	429
1.	Condiciones de aplicación	429
2.	Consecuencias jurídicas	432
B.	El hecho del príncipe	433
1.	Identificación de los actos calificados de hecho del príncipe	434
2.	Condiciones de aplicación	436
3.	Consecuencias jurídicas	438
C.	La imprevisión	438
1.	Condiciones de aplicación	440
2.	Consecuencias jurídicas	443
3.	Fin del estado de imprevisión	444
II.	LA ECUACIÓN CONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: GARANTÍA DE GANANCIA DEL CONTRATISTA	447
A.	Principio de responsabilidad por riesgos imprevistos	447
1.	Pretendido apoyo constitucional	447
2.	Los intereses divergentes de las partes	459
B.	Las manifestaciones de la responsabilidad por modificación de la ecuación contractual	461
1.	Terminación unilateral	462
2.	Modificación unilateral	462
3.	Modificaciones sin órdenes regulares	463
a.	Análisis subjetivo	464
b.	Análisis objetivo	467
4.	El hecho del príncipe	470

14 *El contrato estatal*

a. El hecho del príncipe <i>lato sensu</i>	470
b. Aceptación de la noción francesa	471
5. La imprevisión	475
a. Condiciones de aplicación	476
b. Indemnización integral del contratista: una jurisprudencia en revisión	482
CONCLUSIÓN DEL TÍTULO SEGUNDO	488
CONCLUSIÓN DE LA SEGUNDA PARTE	488
CONCLUSIÓN GENERAL	489
BIBLIOGRAFÍA	495