

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**

**FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**

**DOCTORADO EN DERECHO**

INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO.

**TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: LA TRANSFORMACION DE LA  
TEORIA GENERAL DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS  
PUBLICOS Y PRIVADOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL  
DERECHO DE OBRA PÚBLICA Y DE CONCESIONES DE  
INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE.**

Área de la Ciencia en que puede ser ubicada la Investigación: Derecho Civil, Comercial y Público- Administrativo y derecho contractual.

**OBJETIVO GENERAL.**

A partir de una amplia revisión bibliográfica y de estudio de caso con el fin de conocer a profundidad los desarrollos jurídicos desde las distintas fuentes del Derecho y los avances y retos pendientes de las políticas públicas entorno al interés general y al bienestar de las ciudades y de los ciudadanos, de tal manera que a través de métodos alternativos de financiación de proyectos de infraestructura, las administraciones públicas desarrollen sus planes de desarrollo económico y social en forma oportuna, enfrentando el desafío de la globalización e internacionalización de la economía.

Así mismo, la adecuada estructuración y financiación de los contratos de obra pública y de concesión de infraestructura, permiten generar mayor confianza en los inversionistas y mayores niveles de crecimiento económico, en los que el derecho contractual es una herramienta de seguridad jurídica para la ejecución de políticas públicas.

## JUSTIFICACIÓN.

En el campo de la Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, es necesario producir conocimiento actualizado dado el margen de modificaciones y regulaciones constantes que se dan en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

En ese contexto, en el régimen legal Colombiano, los doctrinantes realizan importantes distinciones en cuanto a la naturaleza de los contratos civiles y de los contratos administrativos no sólo por sus orígenes filosófico-políticos sino por la regulación jurídica que va en dirección a satisfacer intereses distintos, esto es, los primeros a satisfacer intereses individuales, particulares, privados los segundos a satisfacer intereses públicos, colectivos, sociales.

En este último sentido, la Constitución Política de Colombia es clara en señalar en sus artículos 1, 2, 6 y 209: “Colombia es un **Estado Social de Derecho**, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática**, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la **prevalencia del interés general**”; “**Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad**, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para **asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares**”; “Los **particulares** sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los **servidores públicos** lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” y “**La función administrativa está al servicio de los intereses generales** y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la

desconcentración de funciones. Las **autoridades administrativas** deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley” (toda la negrilla por fuera de los textos originales).

Ahora bien, en materia Civil, el artículo 1º. de la Legislación Civil Colombiana que data de 1887 literalmente reza: “El Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los **derechos de los particulares**, por razón del estado de las personas, de sus bienes, **obligaciones, contratos** y acciones civiles” (negrilla por fuera del texto original).

Si bien, la primera referencia, es a la suprema norma de Derecho Público que es la Constitución Política y la segunda al régimen civil que regula las relaciones entre los particulares, es incuestionable que los orígenes del Contrato Estatal están en el Derecho Civil que desarrolla la Teoría General del Contrato y de las Obligaciones. Ello obedece a las grandes transformaciones de orden económico, social y político que se sucedieron particularmente hacia la mitad del Siglo XX, época a partir de la cual se impulsaron importantes cambios legislativos que en Colombia se marcan con el momento histórico de la Asamblea Constituyente y la expedición de la Constitución Política de 1991.

En ese marco histórico toma fuerza la institución jurídica del Contrato Estatal o Contrato Administrativo y el principio de armónica colaboración entre lo público y lo privado se fortalece despertando el interés de los analistas y juristas alrededor de temas de investigación como el del régimen patrimonial de los contratos, tan necesarios al interés general, a los ciudadanos y de la Administración Pública.

## **PROBLEMA JURÍDICO.**

¿El régimen patrimonial de los contratos estatales de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte en Colombia y su sistema normativo contribuyen para que la

implementación de políticas públicas generen desarrollo sostenible y calidad de vida para ciudades y ciudadanos?

#### HIPOTESIS DE TRABAJO:

Las crisis que enfrenta la economía de los Estados a nivel mundial, exige que los Gobiernos tomen medidas económicas para garantizar la sostenibilidad de las políticas públicas. Las políticas sociales deben ser financiadas, el déficit fiscal igualmente deben financiarse, y una de las medidas que los Estados deben tomar para reactivar la economía, enfrentar la crisis, generar empleo, invertir en el desarrollo del sector productivo del país, sin sacrificar la inversión pública en infraestructura, es la de crear condiciones que generen confianza en el inversionista particular, estructurar de manera adecuada contratos de obra públicas y de concesión de infraestructura del transporte, de tal manera que en el caso de la obra pública se puedan financiar con financiación parcial del contratista, y en los contratos de concesión se puedan financiar con inversión de la banca en sectores de la infraestructura donde el desarrollo productivo y las condiciones del mercado permitan al usuario pagar por el uso de la infraestructura y en los casos en donde el sector productivo y el usuario no puedan pagar por el uso de la mencionada infraestructura la administración pública pueda financiarlo con vigencias fiscales futuras a través de mecanismos de créditos puentes y de titularización.

#### ESTADO DEL ARTE DE LA INVESTIGACION:

A la fecha, cuento con la bibliografía, estudios e información en relación a todos los sistemas de contratación de infraestructura del país, en relación al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES, e INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU.

Hemos analizado los contratos de obra pública, así como los principales de concesión de infraestructura de transporte terrestre rural y urbano, de ferroviario, puertos marítimos y fluviales, aeropuertos, tanto de primera generación, segunda y tercera.

Ahora me encuentro en la etapa de búsqueda de información sobre experiencias en la estructuración jurídica y de operación en los contratos de concesión de infraestructura del

transporte en el derecho comparado, en especial España, Italia, Inglaterra, Estados Unidos y experiencias latinoamericanas como la de México, Argentina, Chile y Brasil.

Una vez culmine con esa etapa me propongo, procesar la información y avanzar la investigación en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

#### ITINERARIO DE TRABAJO:

Este cronograma, desde el punto metodológico adopta el método de investigación de la Teoría Analítica del Derecho del Profesor Dr. D Rafael Hernández Marín, que es la línea de investigación española y que desde luego se replanteará en la medida en que vayamos avanzando en los cursos de investigación del doctorado.

Desde el punto de vista temporal, la investigación comprenderá todo el periodo de docencia y de investigación de doctorado, desde luego adecuando y ajustando el cronograma a los requisitos y exigencias del programa de doctorado y del Director de la misma investigación.

#### **MARCO TEÓRICO – BREVE REFERENCIA.**

El régimen patrimonial de los contratos estatales de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte en Colombia, suscita controversia permanente no solo en los círculos jurídicos especializados sino en la sociedad en general por su complejidad y desconocimiento sobre la materia y es uno de los temas que en el ámbito de los contratos administrativos es de mayor complejidad para el Derecho Administrativo.

Para su comprensión, sin duda, se debe estudiar la historia normativa de los contratos estatales pero además la realidad cultural que marca el sendero de las necesidades sociales de ciudades y ciudadanos.

Corresponde a la Administración Pública centrar su atención cuando se trata de la contratación de obra pública y de concesión de infraestructura de transporte consultas las

necesidades sociales y responder a ellas trascendiendo las formalidades por responsabilidades mayores de mejoramiento de la calidad de vida ciudadana y protección del medio ambiente por ejemplo para lo cual es condición necesario ir de la mano del diseño, formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas integrales de Estado que respondan justamente a esa armónica relación de colaboración entre lo estatal y lo privado, entre lo estatal y lo ciudadano.

En ese orden de ideas, la Administración Pública para la realización de los fines que le fija la Constitución Política de Colombia y el resto del ordenamiento jurídico adquiere bienes y servicios que hoy por hoy requieren de la institución contractual guiada por los principios constitucionales<sup>1</sup> de la función pública y de la actividad contractual<sup>2</sup>.

De esa finalidad, en parte se ocupa esta investigación, al centrar su atención en dos tipos de contratos estatales complejos como del de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte.

El primero, lo define el artículo 32 de la ley 80 de 1993, así: “**Artículo 32.** *De los Contratos Estatales.* Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: **1o. Contrato de Obra.** Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>2</sup> Artículo 23 de la ley 80 de 1993 y los Decretos Reglamentarios que los desarrollan.

<sup>3</sup> La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

Sobre el segundo tipo de contrato, esto es el de concesión se ocupa el artículo 32 numeral 4 de la citada ley 80, así: “(...) **4o. Contrato de concesión:** Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

De otra parte, el Consejo de Estado<sup>4</sup>, conceptuó sobre la naturaleza de la infraestructura del transporte que da lugar a los contratos de concesión en ese renglón, señalando que la red vial nacional es propiedad de la Nación, lo cual se encuentra expresamente reconocido en la ley 105 del 30 de diciembre de 1993, “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”, sobre el particular la ley establece: “(...) *Artículo 12.- Definición e integración de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación.-* Se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, **aquella de su propiedad** que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países (...). Concluye y reitera el Consejo de Estado que “la red vial nacional, concesionada o no, constituye un bien de uso público de propiedad de la Nación, la cual es la titular del derecho de dominio”.

Por lo anterior, se ocupa esta investigación de profundizar en aspectos relevantes de este tipo de contratación estatal en la medida en que los mismos resultan necesarios al desarrollo social con equidad en los precisos términos que defina la política pública de Estado

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil cinco (2005), Radicación número 1.694, Referencia: INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE. Red vial nacional concesionada. Propiedad de la Nación. Transferencia de su administración del INVÍAS al INCO. Registros contables de las dos entidades. Facultades del Contador General de la Nación.

tendiente a brindar bienes y servicios de calidad a la ciudadanía para facilitar procesos de desarrollo económico y social sostenible a mediano y largo plazo.

## **BIBLIOGRAFÍA BÁSICA Y PRELIMINAR.**

La Bibliografía necesariamente se irá ampliando con el desarrollo de la investigación y será presentada en el documento final conforme se vayan consultando las fuentes en el respectivo orden exigible para tal fin.

BAUTISTA, Moller, P.J., *El Contrato de Obra Pública: Arquetipo del Contrato Administrativo*, Madrid, 2000.

BONIVENTO, Fernández, J.A., *Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los Contratos Comerciales*, X Edición, Editorial Librería El Profesional, Bogotá D.C., Colombia, 1992.

BONIVENTO, Fernández, J.A., *Los Principales Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo II, Editorial Librería El Profesional, Bogotá D.C., Colombia, 1995.

CARRASCO, Perera, A., CORDERO, Lobato, E.; GONZÁLEZ, Carrasco, C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, IV Edición, Editorial DILEX, S.L., Madrid, 2000.

CONPES, Consejo Nacional de Política Social, Documento No.3249, *Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*, Bogotá D.C., Colombia, 2003.

DEL CASTILLO, Restrepo E. *La Reforma a la Contratación Pública, Interpretación y Alcance de la Ley 1150 de 2007 y de sus Decretos Reglamentarios*, Bogotá D.C., Colombia, Editorial Panamericana, Bogotá, 2008.

DIEGO, Pirota, D., *Contrato de Concesión de Obra Pública. Responsabilidad por daños derivados del Peaje*, Editorial de Belgrano, Argentina, 1999.

DOCUMENTO DESINFRA 100204, *Concesiones Viales, un análisis sectorial*, Bogotá D.C., 2008, págs.31.

FAJARDO, Gómez, M., *La Misión de Contratación: Hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública*, Tomo I y II, Bogotá D.C. Colombia, 2002.

ESCOBAR, Gil R., *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Editorial Legis, Bogotá D.C., Colombia, 2003.

ERVITI, Orquín, E.; LÓPEZ, Goñi, M. *Arrendamientos de Obras y de Servicios*, Editorial Arazandi S.A., Navarra, 2006.

FISAC DE RON, M.P., *El cumplimiento del Contrato de Obra: la Recepción*, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001.

HENAO, J.C., *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano y Francés*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998.

HINESTROSA, Forero, Fernando, *Tratado de Obligaciones: Concepto, Estructura, Vicisitudes*, Tomo I, Bogotá D.C., Colombia, 2002.

MARTÍNEZ, Mas, F., *La Terminación, Entrega, Recepción y Liquidación en el Contrato de Obra de Edificios*, Editorial DYKINSON, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ, Mas, F., *El Contrato de Obra analizado para Constructores y Promotores*, Editorial CISS, S.A., Valencia, 2000.

SALA, Sánchez, P. *Derecho de la Edificación*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

SÁNCHEZ, García, C.A., *El Equilibrio Económico del Contrato en el Actual Derecho Administrativo*, Bogotá D.C., Colombia, 2008, págs.15.

SAN, SEGUNDO, M.T., *La Recepción en el Contrato de Obra*, Editorial CISS S.A., Valencia, 2001.

SANTOFIMIO, Gamboa, J.O., *Delitos de celebración indebida de Contratos: Análisis con fundamento en la Teoría General del Contrato Estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., Colombia, 2000.

SOTO Coaguila C.A., *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo IV, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007.

TAPIAS, Perdigón, C., *Aspectos Prácticos de la Contratación Administrativa*, Casa Editorial Grupo Económico, Bogotá D.C., Colombia, 2000.

Versión 13/02/09