**CCE-DES-FM-17**

**TIPOLOGÍA CONTRACTUAL – Elección – Entidades contratantes**

En la etapa precontractual, cuando las entidades públicas elaboran los estudios previos, con el objetivo de tramitar con éxito el proceso de contratación que se requiere para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios, y con la finalidad de cumplir los cometidos estatales, las mismas deben analizar, según el objeto a contratar, cuál es el tipo de contrato y las obligaciones y prestaciones a pactar, que mejor satisfagan sus intereses.

[…]

Los contratos estatales admiten todas las modalidades, condiciones y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –desde ahora EGCAP– y los de la buena administración. Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, permite afirmar que las entidades estatales pueden celebrar los contratos necesarios para la consecución de sus fines, ya sean estos nominados y típicos en la legislación civil y comercial de derecho privado o en el EGCAP , o bien pueden acudir a los contratos atípicos, donde sus estipulaciones pueden ser puramente de creación de la voluntad de las partes –siempre y cuando no contraríen normas de orden público– o pueden ser mixtas, haciendo uso de estipulaciones que responden a diferentes combinaciones de objetos contractuales.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Noción**

La definición del contrato de obra pública está prevista en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como aquel celebrado por una entidad estatal, cuyo objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación y, general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Al respecto, en sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2020 , se consideró que «[…] debe entenderse que, en términos generales, el contrato de obra pública es el celebrado con entidades de derecho público para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles […]».

El legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar, o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos bienes.

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Noción – «contrato de obra» – «contrato de obra pública» – Ley 80 de 1993 – Ley 1150 de 2007 – Alcance**

[…] la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que las nociones «contrato de obra» y «contrato de obra pública», utilizadas indistintamente en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, se refieren al contrato de obra pública que regula el numeral 1 del artículo 32 del EGCAP. En otras palabras, el «contrato de obra» y el «contrato de obra pública», para los fines del EGCAP, se refieren a una misma tipología contractual, específicamente, al contrato referido en el numeral 1 del artículo 32 *ibídem*.

Bogotá D.C., **13/08/2020 Hora 11:30:38s**

**N° Radicado: 2202013000007448**

Señor

**Jaime Omar Rincón**

Bogotá D.C., Cundinamarca

 **Concepto C–530 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | TIPOLOGÍA CONTRACTUAL – Elección – Entidades contratantes / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Noción / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Nociones «obra» y «obra pública» – Alcance |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000006644 |

Estimado señor Rincón,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 4 de agosto del año 2020.

1. **Problemas planteados**

En relación con los parágrafos 2 y 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionados por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, usted pregunta cuál es la diferencia entre el «[…] contrato de obra y contrato de obra pública […]».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se refirió a la noción, y explicó cuál es el objeto y las características del contrato de obra pública, en el concepto del 24 de diciembre del año 2019, el cual fue proferido en el radicado de entrada número 4201913000008014, correspondiente al radicado de salida número 2201913000009588. La tesis desarrollada en este concepto se expondrá a continuación.

**2.1. La tipología contractual**

En la etapa precontractual, cuando las entidades públicas elaboran los estudios previos, con el objetivo de tramitar con éxito el proceso de contratación que se requiere para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios, y con la finalidad de cumplir los cometidos estatales, las mismas deben analizar, según el objeto a contratar, cuál es el tipo de contrato y las obligaciones y prestaciones a pactar, que mejor satisfagan sus intereses.

Así, por ejemplo, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 permite que dentro del contenido de un contrato estatal se admitan las estipulaciones conformes con las normas civiles, comerciales y las especiales previstas en dicha ley que correspondan a su esencia y naturaleza. Por eso las entidades pueden celebrar, en principio, todos los contratos y acuerdos permitidos por la autonomía de la voluntad requeridos para cumplir con los fines estatales.

Los contratos estatales admiten todas las modalidades, condiciones y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –desde ahora EGCAP– y los de la buena administración. Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, permite afirmar que las entidades estatales pueden celebrar los contratos necesarios para la consecución de sus fines, ya sean estos nominados y típicos[[1]](#footnote-1) en la legislación civil y comercial de derecho privado[[2]](#footnote-2) o en el EGCAP[[3]](#footnote-3), o bien pueden acudir a los contratos atípicos, donde sus estipulaciones pueden ser puramente de creación de la voluntad de las partes –siempre y cuando no contraríen normas de orden público– o pueden ser mixtas, haciendo uso de estipulaciones que responden a diferentes combinaciones de objetos contractuales[[4]](#footnote-4).

La doctrina reconoce este fenómeno entendiendo que «la ley no crea el contrato, sino que reconoce su existencia, afirmación que implica reconocer que, en un principio, todos los contratos que hoy se reputan como típicos eran innominados – atípicos, deviniendo en típicos con la intervención del legislador»[[5]](#footnote-5). Así mismo, cuando se está ante la existencia de un contrato complejo[[6]](#footnote-6), porque la voluntad de las partes involucra diversas estipulaciones que por lo general son propios de varios tipos contractuales, se dificulta definir el criterio interpretativo para disciplinar el contrato; no obstante, hay que desentrañar dicha voluntad de los contratantes y, para el efecto, puede acudirse a la siguiente solución planteada por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 31 de mayo de 1938[[7]](#footnote-7):

Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato se aplican por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones o de los contratos y, a título complementario, por el arbitrio judicial. Bien entendido que esos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha entendido que los contratos estatales pueden calificarse como contratos mixtos cuando involucran prestaciones de igual connotación y, en reciente pronunciamiento[[8]](#footnote-8), proferido con ocasión de una consulta relacionada con la causación de la estampilla prouniversidades por la suscripción de contratos de suministro de materiales, personal y mantenimientos para las sedes de una entidad, consideró lo siguiente frente a la interpretación de estos contratos:

Es posible que existan contratos mixtos que contengan prestaciones correspondientes a varios tipos o clases de contratos, que no se encuentran relacionados con otros contratos típicos o atípicos, nominados o innominados a que se refieren los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

[…]

El contrato es mixto cuando las prestaciones mixtas están esencialmente vinculadas entre sí, por tener relaciones de complemento u obedecer a una unidad funcional dirigida a la satisfacción de la necesidad de la entidad -unidad de causa-. En caso contrario, si las prestaciones son autónomas y no guardan vinculación entre sí, la figura será una unión de contratos -causas distintas-.

El ejemplo de contratos mixtos más común se refiere, como se señaló, al suministro de equipos necesarios para la prestación del servicio público de la entidad, con prestaciones accesorias y necesarias, relacionadas con su instalación y su puesta en funcionamiento, así como servicios de capacitación de asesoría de la entidad en el uso de los mismos.

Resulta del caso precisar que la tipología contractual incide en aspectos como el proceso de selección que debe realizarse; los requisitos habilitantes o ponderables a incorporar en el pliego de condiciones para seleccionar de manera objetiva la mejor oferta; y si se debe o no exigir el Registro Único de Proponentes –RUP–, entre otras cuestiones importantes para el proceso de contratación.

* 1. **El contrato de obra pública**

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el contrato de obra pública es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior resulta de especial relevancia, debido a que dicho tipo contractual se diferencia de la definición y regulación prevista en el derecho privado para el contrato de confección de obra material, en los términos de los artículos 2053 y siguientes del Código Civil.

La definición del contrato de obra pública está prevista en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como aquel celebrado por una entidad estatal, cuyo objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación y, general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Al respecto, en sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2020[[9]](#footnote-9), se consideró que «[…] debe entenderse que, en términos generales, el contrato de obra pública es el celebrado con entidades de derecho público para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles […]».

El legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar, o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos bienes[[10]](#footnote-10).

Por otro lado, para los efectos de la pregunta *sub examine*, es importante precisar que en el EGCAP se mencionan indistintamente las nociones «obra pública» y «obra», sin que ello implique que se está haciendo referencia a dos tipologías contractuales diferentes. En efecto, los artículos 30, parágrafo 3; 32, parágrafo 2; y 109, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, así como los artículos 2, numeral 4, parágrafo 7; 5, numeral 2; y 28 de la Ley 1150 de 2007, se refieren a la «obra pública»; mientras los artículos 4, numeral 4; 14, numeral 2; 16; 18, inciso 2; 24, numeral 5, literal C; 25, numeral 12; 30, parágrafo 2; y 40, parágrafo, inciso tercero, así como los artículos 2, numeral 2; 6, parágrafo 1; y 12 de la Ley 1150 de 2007, se refieren a «obra». Lo mismo se predica de las disposiciones del Decreto 1082 de 2015, como, por ejemplo, en los artículos 2.2.1.2.1.2.24. y 2.2.1.2.3.1.8.

De todos modos, lo cierto es que se debe entender que, en ambos casos, se está haciendo referencia al «contrato de obra pública» que regula el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

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. […]

Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que las nociones «contrato de obra» y «contrato de obra pública», utilizadas indistintamente en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, se refieren al contrato de obra pública que regula el numeral 1 del artículo 32 del EGCAP. En otras palabras, el «contrato de obra» y el «contrato de obra pública», para los fines del EGCAP, se refieren a una misma tipología contractual, específicamente, al contrato referido en el numeral 1 del artículo 32 *ibídem*.

1. **Respuestas**

En relación con los parágrafos 2 y 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionados por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, usted pregunta cuál es la diferencia entre el «[…] contrato de obra y contrato de obra pública […]».

En el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se utilizan indistintamente las nociones «obra pública» y «obra», sin que ello implique que se está haciendo referencia a dos tipologías contractuales diferentes. En efecto, el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se refiere a la «obra pública»; mientras que el parágrafo 2 de la misma norma, se refiere a «obra». Sin embargo, le informamos que esta entidad considera que, en ambos casos, el legislador está haciendo referencia al contrato que regula el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos CarreñoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Que tienen una definición y regulación establecida en la ley. [↑](#footnote-ref-1)
2. Por ejemplo: Contratos de compraventa, suministro, depósito, seguro, arrendamiento, mutuo, mandato etc. [↑](#footnote-ref-2)
3. Por ejemplo: Contratos de obra pública, prestación de servicios, consultoría, concesión, fiducia pública y encargo fiduciario. [↑](#footnote-ref-3)
4. OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Medellín: Dike, 2020. p. 164. [↑](#footnote-ref-4)
5. ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos Mercantiles. Tomo III. Contratos Atípicos. 8 Ed. Bogotá: Legis, 2015. p.23. [↑](#footnote-ref-5)
6. NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio, Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles. 2 Ed. Bogotá: Legis, 2002. p.67. [↑](#footnote-ref-6)
7. Gaceta Judicial T.XLVIII, p.50. Citada por: SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. Bogotá: Legis, 2014. p. 239. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Exp. 2.386. C.P. Edgar González López. Este concepto reitera pronunciamientos anteriores relacionados con la estampilla pro-universidades, tales como: Conceptos 2.229 de 2015, 2.271 de 2016, 2.229 de 2017, 2.324 de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de unificación del 25 de febrero de 2020. Exp. 25000-23-37-000-2014-00721-01(22473) (IJ). C.P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-9)
10. OSPINA MENA, Jesús Marino. Op. Cit., p. 168.

 [↑](#footnote-ref-10)