

COLECCIÓN PROFESORES N° 28

**LA CONTRATACIÓN ESTATAL:
ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS**

Andrés Mutis Vanegas
Andrés Quintero Múnera



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas
2000

TABLA DE CONTENIDO

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL ESTATUTO CONTRACTUAL DE 1993

1.	Generalidades	21
2.	Los principios de transparencia, economía y responsabilidad	22
3.	Fines de la contratación y derechos y deberes de las partes	23
4.	Otros cambios normativos	24
5.	Legislación complementaria relacionada con los contratos estatales	25
6.	Jurisprudencia existente con relación a la Ley 80 de 1993	26
7.	El significado del nuevo estatuto contractual	27

CAPÍTULO II

LOS SUJETOS CONTRACTUALES

1.	Introducción	31
2.	El Estado contratante	31
2.1.	Una noción de Estado	31
2.2.	Las entidades estatales	32
2.2.1.	Origen de las entidades estatales	32
2.2.2.	Personería jurídica y capacidad contractual	33

2.2.3.	Competencia para celebrar contratos y dirigir licitaciones y concursos	34
2.2.4.	Capacidad contractual y régimen presupuestal	35
2.2.5.	Delegación y desconcentración	36
2.2.6.	El régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta	39
2.2.7.	Cooperativas y asociaciones de entidades territoriales	41
2.2.8.	Otras entidades estatales	42
2.2.9.	El campo de aplicación de la Ley 80 de 1993	42
3.	Los contratistas particulares	43
3.1.	Una precisión terminológica	43
3.2.	La capacidad para contratar	44
3.3.	De los consorcios y las uniones temporales	45
3.3.1.	Nociones	45
3.3.2.	Notas diferenciadoras	46
3.3.2.1.	Aproximación al tema	46
3.3.2.2.	La solidaridad pasiva	46
3.3.2.3.	Régimen sancionatorio	49
3.3.2.4.	Cesiones y variaciones	51
3.3.3.	Tratamiento impositivo	55
3.3.4.	La solidaridad activa	57
3.3.5.	Consortios y uniones temporales: opción u obligación	59
3.3.6.	Consortios y uniones temporales en la contratación directa	60
3.3.7.	La valoración de la experiencia consorcial	61
3.4.	La licitación "provocada"	61
3.5.	La promesa de asociación	62
3.6.	Sociedades con objeto único o de destinación específica	65
3.7.	Contratistas extranjeros	67
3.8.	La duración del contratista	69
3.9.	Inhabilidades e incompatibilidades	70
3.9.1.	Nociones preliminares	70
3.9.2.	Criterios de diferenciación	71
3.9.3.	La inhabilidad por el contrato adjudicado y no celebrado	73
3.9.4.	Inhabilidades especiales	74

3.9.4.1. Falsedad en el Registro de proponentes	75
3.9.4.2. Medidas de aseguramiento, sentencias condenatorias y destituciones	75
3.9.5. La inhabilidad por vínculos entre proponentes	77
3.9.6. La sanción por inhabilidades o incompatibilidades	78
3.9.7. Proponentes inhábiles y propuestas inconvenientes	79
3.9.8. Prohibiciones y restricciones	81

CAPÍTULO III

LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

1. Introducción	83
2. El principio de la selección objetiva, y sus elementos y consecuencias	84
→ 3. Licitación pública y concurso de méritos	90
3.1. Pliegos de condiciones y términos de referencia	91
3.2. La estructura de los procedimientos de selección	97
3.2.1. Etapas del proceso selectivo	97
3.2.2. Los estudios previos	99
3.2.3. La apertura de la licitación	100
3.2.4. La publicación de avisos	101
3.2.5. Oportunidades para la aclaración de los pliegos	103
3.2.6. Posibilidad de plantear alternativas y excepciones técnicas o económicas	105
3.2.7. Cierre de la licitación y proceso de evaluación	106
3.2.8. La adjudicación en audiencia pública	108
3.2.9. Declaratoria de desierta	109
3.2.10. Características de la adjudicación	110
→ 4. La contratación directa	115
4.1. Sujetos contractuales	117
4.1.1. Contrato entre entidades estatales exclusivamente	117
4.1.2. Contratos de las empresas estatales en directo desarrollo de su objeto	120
4.2. Objeto del contrato	122
4.2.1. Empréstitos	123
4.2.2. Servicios profesionales, trabajos artísticos y actividades científicas o tecnológicas	124
4.2.3. Arrendamiento o adquisición de inmuebles	128

4.2.4.	Bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional	130
4.2.5.	Productos agropecuarios ofrecidos en bolsas	132
4.2.6.	Prestación de servicios de salud	133
4.2.7.	Venta de bienes estatales a través del procedimiento de martillo	134
4.2.8.	Concesiones en telecomunicaciones	135
4.3.	Circunstancias especiales	137
▶ 4.3.1.	Menor cuantía	138
4.3.2.	Urgencia manifiesta	143
4.3.3.	Fracaso de los mecanismos de selección	147
4.3.4.	Ausencia de pluralidad de oferentes	150
4.4.	Privilegio de selección preferente	151
▶ 4.5.	Carácter potestativo de la contratación directa	152

CAPÍTULO IV

DEL CONTRATO ESTATAL

1.	Definición	155
2.	La forma	157
2.1.	Contratos con formalidades plenas	158
2.2.	Contratos que deben constar en escritura pública	160
2.3.	Contratos sin “formalidades plenas”	161
2.4.	Contratos verbales en la urgencia manifiesta	163
3.	El contenido	165
4.	Anticipos y pagos anticipados	166
5.	Los contratos adicionales	167
5.1.	El decreto 222 de 1983	167
5.2.	La Ley 80 de 1993	168
5.3.	Las excepciones	169
▶ 5.3.1.	Contratos de interventoría	170
▶ 5.3.2.	Contratos de consultoría	170
▶ 5.3.3.	Contrato de administración delegada	171
5.3.4.	Los criterios	172
5.4.	Adición y prórroga	172
5.5.	Adición y objeto contractual	173
▶ 5.6.	Modalidades de la adición	174
6.	El fraccionamiento contractual	175

7.	Perfeccionamiento y ejecución	178
7.1.	La regla básica.....	178
7.2.	Perfeccionamiento y adjudicación	178
7.3.	Perfeccionamiento y ejecución	179
7.4.	Perfeccionamiento contractual y régimen presupuestal	181
7.5.	Las vigencias futuras	182
8.	La cesión contractual.....	183
9.	De la liquidación de los contratos estatales	188
9.1.	Introducción	188
9.2.	El acta de liquidación	190
9.3.	Las garantías.....	193
9.4.	Titularidad y control	194
9.5.	Liquidación unilateral	195
9.6.	Mérito ejecutivo	196
9.7.	La liquidación y el equilibrio contractual	196

CAPÍTULO V

EL REGISTRO DE PROPONENTES

1.	Introducción	199
2.	Noción y características	199
2.1.	El carácter de único	199
2.2.	El principio de la buena fe	200
2.3.	El carácter de público	201
3.	Ámbito de aplicación	201
4.	Normas de carácter administrativo.....	203
5.	La calificación del registro. El K de contratación	205
5.1.	Noción	205
5.2.	El carácter intransferible del K de contratación	206
5.3.	Apreciaciones críticas sobre el sistema de calificación	206
6.	El registro de consorcios y uniones temporales	207
6.1.	Alcances del registro	208
6.2.	La calificación de los consorcios y uniones temporales	209
7.	El registro para proponentes extranjeros	210
8.	La certificación del registro de proponentes	211
8.1.	Contenido	211
8.2.	Valor probatorio	212
9.	Registros y boletines	213

9.1.	El registro de proponentes	213
9.2.	Los boletines informativos	214
10.	Las impugnaciones del registro	214
10.1.	El acto registral	215
10.2.	Renovación, actualización y modificación	215
10.3.	La impugnación	216
10.3.1.	La constitucionalidad de la potestad	216
10.3.2.	Fundamento y trámite	217
10.3.3.	Recursos	218
10.3.4.	Orígenes	220
11.	Derechos de las cámaras de comercio	221
12.	Excepciones al sistema del registro y registros especiales	221
12.1.	Aproximación al tema	221
12.2.	Los servicios y actividades de telecomunicaciones	222
12.3.	Contratos de exploración y explotación de recursos naturales	223
12.4.	El régimen de los servicios públicos domiciliarios	224

CAPÍTULO VI

RÉGIMEN DE GARANTÍAS

1.	Introducción	227
2.	Tipos de garantías	229
3.	Deberes de las entidades contratantes	230
4.	Obligación de constituir garantías	231
5.	La garantía única	233
6.	Condiciones de la garantía de seriedad de la propuesta	235
7.	La realización del riesgo asegurado	237
7.1.	En el caso de la garantía única	238
7.2.	En la garantía de seriedad de la oferta	242
8.	Manera de hacer efectivas las garantías	243
8.1.	Conformación del título ejecutivo	243
8.2.	Procedimiento de cobro	245
8.3.	El caso de la garantía de seriedad de la oferta	248
9.	Ejecución del contrato a través del garante	249
10.	Otras normas especiales	254
11.	Normas de derecho comercial	255
12.	Jurisdicción competente	255

CAPÍTULO VII

LA POSICIÓN PRIVILEGIADA DEL CONTRATANTE ESTATAL

1.	Introducción	257
2.	Metodología de la exposición	260
3.	Las cláusulas excepcionales al derecho común	263
3.1.	Noción	263
3.2.	Campo de aplicación	265
3.3.	Oportunidad	268
3.4.	La interpretación unilateral	269
3.4.1.	Noción	269
3.4.2.	Alcances	270
3.4.3.	Oportunidad	271
3.4.4.	El equilibrio contractual	271
3.5.	La modificación unilateral	272
3.5.1.	Noción	272
3.5.2.	Condiciones	272
3.5.3.	Equilibrio contractual	273
3.5.4.	Alcances	274
3.6.	La terminación unilateral	274
3.6.1.	Noción	274
3.6.2.	Potestad u obligación	275
3.6.3.	El orden público y las exigencias del servicio público	276
3.6.4.	El concordato preventivo	278
3.6.5.	El régimen de impugnación	279
3.7.	La caducidad del contrato	280
3.7.1.	Noción	280
3.7.2.	Campo de aplicación	280
3.7.3.	El incumplimiento como causal única	281
3.7.4.	Medidas preventivas y correctivas	282
3.7.5.	Requerimientos y caducidad	282
3.7.6.	Alcances	284
3.7.7.	Otras causales de caducidad	286
3.7.7.1.	La Ley 418 de 1997	287
3.7.7.2.	La Ley 40 de 1993	288
3.7.8.	Efectos	289
3.7.9.	Oportunidad	290
4.	Cláusulas de privilegio	290

4.1.	Precisión terminológica	290
4.2.	El sometimiento a la ley nacional	291
4.3.	La cláusula de reversión	292
4.4.	La cláusula de garantías	295
5.	Las cláusulas especiales de multas y penal pecuniaria	295
5.1.	Nociones preliminares	295
5.2.	La transición normativa	296
6.	Atribuciones especiales o excepcionales	302
6.1.	Noción	302
6.2.	La terminación unilateral en los casos de nulidad absoluta	303
6.3.	La liquidación unilateral	303
6.4.	La declaratoria de incumplimiento	304

CAPÍTULO VIII

EL EQUILIBRIO FINANCIERO Y ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL. LA ECUACIÓN CONTRACTUAL

1.	Introducción	307
2.	La revisión del contrato estatal	311
3.	Antecedentes legislativos	312
4.	La Ley 80 de 1993	313
5.	La ecuación contractual	316
6.	Las alteraciones del equilibrio contractual	320
6.1.	Precisión metodológica	320
6.2.	Causas imputables a las partes	321
6.2.1.	Causas imputables al estado contratante	321
6.2.1.1.	El ejercicio de las potestades unilaterales	321
6.2.1.2.	El hecho del príncipe	325
6.2.2.	Causas imputables a una cualquiera de las partes. El incumplimiento del contrato	329
6.2.3.	Afección estatal en el desequilibrio contractual	334
6.3.	Hechos ajenos a las partes	338
6.3.1.	Teoría de la imprevisión	338
6.3.1.1.	Antecedentes e introducción	338
6.3.1.2.	Noción	340
6.3.1.3.	Elementos	340
6.3.1.4.	Los alcances del restablecimiento en la teoría de la imprevisión	344

6.3.2.	Las sujeciones materiales imprevistas	345
6.3.3.	La fuerza mayor y el caso fortuito	348
6.3.4.	Comentario crítico	351
7.	Los instrumentos para el restablecimiento	352
7.1.	Noción y alcances de la figura	352
7.2.	Tipos y modalidades	353
7.2.1.	Los mecanismos “ordinarios”	353
7.2.2.	Los mecanismos “extraordinarios”	354
7.2.3.	Los intereses	355
8.	El restablecimiento	356

CAPÍTULO IX

NULIDADES CONTRACTUALES

1.	Generalidades	361
2.	La nulidad absoluta	362
2.1.	La nulidad consecucional del contrato	364
2.2.	Titularidad de la acción	365
2.3.	Terminación anticipada del contrato	366
2.4.	Oportunidad para solicitar y declarar la nulidad absoluta	371
3.	La nulidad relativa	372
4.	Efectos de la nulidad	375
5.	Sanearamiento	378

CAPÍTULO X

EL CONTROL DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL

1.	Introducción	379
2.	El control de la gestión contractual en la Ley 80	380
2.1.	La intervención del Ministerio Público	380
2.2.	La intervención de la Fiscalía General de la Nación	384
2.3.	El control fiscal	385
2.4.	El control cívico	386
3.	Hacia un nuevo modelo de control	387

CAPÍTULO XI

EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL
Y PERSONAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1.	Introducción	391
2.	La responsabilidad estatal	392
2.1.	Reseña histórica	392
2.2.	La Constitución Política de 1991	394
2.3.	El daño antijurídico	395
2.4.	Responsabilidad institucional y responsabilidad personal	396
2.5.	Metodología de trabajo	397
3.	La responsabilidad institucional	398
3.1.	Consideraciones preliminares	398
3.2.	La responsabilidad estatal: Perspectivas constitucional y legal	402
3.3.	Alcances de la responsabilidad	404
4.	La responsabilidad personal del servidor público	405
4.1.	Recuento normativo	405
4.2.	Alcances de la responsabilidad personal	407
4.3.	Responsabilidad penal	409
4.4.	Responsabilidad disciplinaria	410
5.	La responsabilidad de los contratistas	410
5.1.	Nociones preliminares	410
5.2.	De los contratistas en general	411
5.3.	Asesores, consultores e interventores	411
5.4.	Responsabilidad penal por asimilación	412
6.	La acción de repetición	415
6.1.	Alcances de la noción	415
6.2.	Las vías de repetición	417
6.2.1.	La acción ordinaria	418
6.2.1.1.	Legitimidad en la causa	418
6.2.1.2.	Acción, jurisdicción y juez competente	418
6.2.1.3.	Caducidad de la acción	419
6.2.1.4.	Resultados del proceso	420
6.2.2.	El llamamiento en garantía	421
6.2.2.1.	Condición de procedencia	421
6.2.2.2.	Solicitantes habilitados	422

6.2.2.3. Oportunidad	422
6.2.2.4. Resultados del proceso	423
6.3. La culpa grave y el dolo	424
7. Delegación y responsabilidad	426
8. Conciliación y repetición	426

CAPÍTULO XII

SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

1. Introducción	431
2. Mecanismos extrajudiciales	432
2.1. El arreglo directo	434
2.2. La transacción	435
2.3. La conciliación	436
2.3.1. Naturaleza jurídica	436
2.3.2. Clases de conciliación	437
→ 2.3.2.1. La conciliación prejudicial	437
2.3.2.2. La conciliación judicial	439
2.3.3. Aprobación y efectos de la conciliación	442
2.3.4. Impugnación del acuerdo conciliatorio	444
2.4. La amigable composición	448
2.5. La revocación directa de los actos administrativos	450
2.6. El arbitramento	457
2.6.1. Naturaleza jurídica	457
2.6.2. Recuento normativo	458
2.6.3. La cláusula compromisoria y el compromiso	459
2.6.4. Reglas básicas para el funcionamiento del tribunal	460
2.6.5. El laudo arbitral y su forma de impugnación	462
2.6.6. Arbitramento internacional	464
2.7. Arbitramento o pericia técnica	466
3. Mecanismos judiciales	467
3.1. Las distintas acciones procedentes	468
3.2. Las acciones de nulidad	470
3.3. La acción de controversias contractuales	473
3.3.1. Titulares de la acción y sujetos procesales	474
3.3.2. Pretensiones que pueden plantearse	476
3.3.3. Caducidad de la acción	479

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO I

EL CONTRATO FIDUCIARIO EN LA LEY 80 DE 1993

1.	Introducción	483
2.	Antecedentes	484
3.	La fiducia en la Ley 80 de 1993	485
3.1.	Autorizaciones para contratar	485
3.2.	Encargos fiduciarios y contratos de fiducia pública	486
3.3.	Opciones fiduciarias para las entidades estatales	487
3.4.	Los encargos fiduciarios en la Ley 80	490
3.5.	Adjudicación, celebración y ejecución de contratos	493
3.6.	La transición legislativa y la prórroga de contratos fiduciarios	494
3.7.	La escogencia del fiduciario	495
3.8.	Los controles del fiduciario	498
3.9.	Excepciones y regímenes especiales	499
3.9.1.	Titularización de activos e inversiones	499
3.9.2.	La fiducia en el Distrito Capital	500
3.9.3.	La fiducia en el sector salud	500
3.9.4.	La fiducia en los servicios públicos domiciliarios	500
3.9.5.	Síntesis	501
3.10.	Remisión normativa y prohibiciones	502

CAPÍTULO II

CONTRATOS ESTATALES EN EL ÁMBITO
DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.	Generalidades y definiciones	503
2.	Clasificación de los servicios	504
3.	Concesiones, contratos y licencias	505
3.1.	La Ley 80 de 1993	505
3.2.	El decreto 1900 de 1990	506
3.3.	La Ley 142 de 1994	509
4.	Prestatarios y titulares	510
5.	Regímenes especiales	510

5.1.	Telefonía móvil celular y televisión	510
5.2.	Telefonía básica conmutada de larga distancia	511
5.3.	Radiodifusión sonora	515
5.4.	Duración y prórroga de las concesiones	517
5.5.	Los servicios postales	519
6.	Régimen contractual de las entidades estatales prestatarias del servicio de telecomunicaciones	520

CAPÍTULO III

EL RÉGIMEN CONTRACTUAL EN LA LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

1.	Introducción	525
2.	La empresa de servicios públicos domiciliarios (ESP)	527
2.1.	Objeto	528
2.2.	Régimen jurídico de las ESP	530
2.2.1.	El capital	530
2.2.2.	La participación oficial en la EPS	531
3.	La operación de las empresas de servicios públicos domiciliarios	532
3.1.	Concesiones, permisos y licencias	532
3.2.	Los contratos medio de las ESP	535
3.2.1.	Normas aplicables	536
3.2.2.	El clausulado excepcional y procedimientos de selección	539
3.2.3.	Observación crítica	540
4.	Los contratos especiales	541
4.1.	Concesión para el uso de bienes públicos	541
4.2.	Administración profesional de acciones	542
4.3.	Otros contratos	543
4.4.	Observación crítica	543
5.	El contrato uniforme de prestación de servicios	544
5.1.	Definición y características	544
5.2.	Naturaleza jurídica de la relación	544
5.3.	Partes del contrato y obligaciones	545
5.4.	Abuso de la posición dominante	547
5.5.	Suspensión y terminación	548
5.6.	Defensa del usuario	549

CAPÍTULO IV

CONTRATOS ENTRE LAS ENTIDADES ESTATALES
Y LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

1.	Introducción	553
2.	Aproximación al régimen especial previsto en el artículo 355 de la Constitución Política.....	555
2.1.	Antecedentes e interpretación de la norma	555
2.2.	Las facultades del Congreso con relación al tema	557
3.	Los contratos regidos por esta norma y sus elementos esenciales	558
3.1.	El gobierno como contratante	560
3.2.	Una entidad privada sin ánimo de lucro como contratista	561
3.3.	Los programas y actividades de interés público	563
4.	El objeto de estos contratos	568
4.1.	Diferentes formas de contratos que se rigen por esta norma	568
4.2.	La similitud de estos contratos con las donaciones modales	570
5.	Contenido del régimen especial previsto en el artículo 355 de la Constitución Política.....	571
5.1.	Reconocida idoneidad de la entidad contratista	572
5.2.	Concordancia con los planes de desarrollo	573
5.3.	Formalidades necesarias para la celebración de estos contratos	575
5.4.	Necesidad de constituir garantías	577
5.5.	Necesidad de establecer interventoría	577
5.6.	Aspectos presupuestales y de control fiscal	578
5.7.	Inhabilidades e incompatibilidades	579
5.8.	Destino de los recursos recibidos	579
5.9.	Requisitos atinentes a la entidad contratista.....	581
5.10.	Uso de potestades excepcionales	582
6.	La selección del contratista	584
7.	Los temas no tratados por el régimen especial.....	586
8.	Los contratos de las entidades sin ánimo de lucro regidos por otras normas	589
	Bibliografía	593