

Juan Ángel Palacio Hincapié
Ex consejero de Estado
Catedrático de la materia en varias universidades del país

**BIBLIOTECA
ENRIQUE LOW MURTRA**

LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES ESTATALES

**Sexta Edición
2010**



**LIBRERIA JURIDICA
SANCHEZ R. LTDA.**

CONTENIDO

PRESENTACIÓN PARA LA SEXTA EDICIÓN	19
--	----

Capítulo I ASPECTOS GENERALES SOBRE EL ESTATUTO

Introducción	21
Antecedentes históricos	22
Nuevo estatuto contractual	23
Normas aplicables a los contratos estatales	27
Primacía del estatuto contractual	30
Sometimiento a normas no colombianas	30
Limitaciones	32
Contratos estatales	32
Definición legal del contrato estatal	34
Perfeccionamiento del contrato	35
Solemnidades de los contratos estatales	36
1. Solemnidades plenas	36
2. Solemnidades menos plenas	37
3. En la urgencia manifiesta	38
4. Contratos con otras solemnidades	39
Consecuencias del perfeccionamiento	39
Requisitos para la ejecución	40
La publicación de los contratos	42
Excepción a la publicación	44
Contratos adicionales	45
Solución de conflictos	47
Silencio administrativo positivo	48
Mecanismos de solución directa de conflictos	49
1. Solución directa	49
2. La conciliación	50
3. La amigable composición	50
4. El arbitramento	51
Arbitramento o pericia técnicos	53
5. La transacción	54

Responsabilidad en la contratación	54
Principios de la contratación estatal	55
Conceptos preliminares	55
1. Principio de la transparencia	56
2. Principio de economía	61
Estudios previos	62
3. Principio de la responsabilidad	64
4. Principio del equilibrio económico del contrato	65
5. Principio de la buena fe	65
Controles a la actividad contractual	67
1. Intervención de las autoridades de control fiscal	67
2. Intervención de la Procuraduría	69
3. Intervención de la Fiscalía	69
4. Control comunitario o ciudadano	70
5. Control de los fines de la contratación	72

Capítulo II LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR

Nociones Preliminares:	75
Capacidad y competencia	76
Capacidad. –concepto–	78
Competencia. –concepto–	78
Contrato celebrado por funcionario con competencia	79
Aspectos de la regulación en la Ley 80	81
La delegación para la contratación	83
Delegación en la Ley 1150 de 2008	86
Funcionarios competentes en los distintos órdenes	88
Autorización previa a la celebración del contrato	90
La capacidad en los particulares y las inhabilidades	92
a) Personas naturales	92
b) Personas jurídicas	95
Las novedades de la Ley 80 de 1993 en materia de inhabilidades	95
Aspectos generales	95
Nuevas causales	97
1. Haber sido destituido del cargo (artículo 8-d)	98
2. Respecto al parentesco	99
3. Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado	101
4. La participación de personas con vínculo de parentesco en la misma licitación con ofertas distintas	102
Constitucionalidad de la prohibición de los literales g y h	104
5. La de los socios de sociedad de personas a las cuales se les haya declarado la caducidad, así como a las nuevas sociedades de este tipo de las que ellos formen parte y que se hayan constituido posteriormente.	107
6. Por actuar de mala fe ante el Registro de Proponentes	108
7. Condena penal o civil por hechos u omisiones en la contratación estatal (artículo 58) ...	109
8. Las inhabilidades sobrevinientes	111
9. Inhabilidad por duración de la sociedad	113

10. Inhabilidad por falta de paz y salvo	115
Boletín de deudores y paz y salvo	117
11. Inhabilidad por evasión tributaria	118
12. Inhabilidad por mora en el pago de multas	121
Las inhabilidades e incompatibilidades especiales	121
Las inhabilidades en la Ley de 2007	124
1. Causal nueva: comprende tres aspectos	125
2. Inhabilidad sobreviniente	127
3. Extensión del régimen de inhabilidades a otras contrataciones	127
Excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades	129
Efectos de la inhabilidad frente al contrato	130
Los Consorcios	131
Definición legal	133
Notas complementarias	134
Facultad para conformar consorcio	136
Régimen tributario	137
Cómo cumplen su actividad en la contratación	140
La responsabilidad de los consorcios	141
Alcance de la inhabilidad para el consorcio	141
Capacidad de contratación "K" del consorcio	145
Cuándo pueden admitirse los consorcios	146
La Unión Temporal	147
El joint venture y el consorcio	149
Otra modalidad del consorcio	149
<i>Las sociedades de objeto único</i>	149
<i>La promesa de asociación</i>	150
Registro de Proponentes	151
I. Principales aspectos de la Ley 1150 sobre el registro de proponentes	151
Recursos contra la impugnación	156
Efectos de la demanda	156
II. Estudio comparado con la Ley 80 de 1993	158
Importancia del registro	158
La innovación de la Ley 80	159
La certificación de las Cámaras de Comercio	161
Facultad revisora de la Entidad	162
Quiénes están obligados a inscribirse	164
La capacidad de contratación "K" es intransferible	164
Capacidad teórica y capacidad residual	165
Renovación del registro	167
Actualización de la información en el registro	169
Impugnación de la inscripción	169
Sanciones contra el inscrito de mala fe. Inhabilidad	171
Registro para personas extranjeras	173

Capítulo III

LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Nociones Preliminares:	175
Modalidades de selección de contratista	176

1. Licitación pública	177
2. Selección abreviada	179
Causales de selección abreviada	181
Análisis de las causales de selección abreviada	184
I La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades	184
II Contratos de menor cuantía	187
A. Tratamiento con la Ley 80 de 1993	187
Conformación dinámica de la oferta	190
B. Tratamiento con la Ley 1150 de 2007	191
Qué se entiende por menor cuantía	192
Subasta inversa	194
Bolsa de productos	194
Acuerdo Marco de precios	195
Legitimados para celebrar el acuerdo marco de precios	197
III La celebración de contratos para la prestación de servicios de salud	199
IV Cuando se declare desierta la licitación o concurso	201
V Enajenación de bienes del Estado	205
a) Régimen de la Ley 80 de 1993	205
El remate o subasta	206
b) Régimen de la Ley 1150 de 2007	206
Bienes del frisco	210
VI Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas	212
VII Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993	212
Actividad industrial y comercial	214
Entidades exceptuadas	216
VIII En los programas de personas amenazadas	217
IX La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional	218
Modalidades que señala la nueva regulación	222
3. El Concurso de méritos	223
4. Contratación directa	225
Selección objetiva	225
Factores de selección y ponderación	228
1. El precio o comparación económica	230
2. Experiencia técnica	232
3. Cumplimiento en contratos anteriores	233
4. Aseguramiento de la calidad	234
5. Organización administrativa	235
6. Calidad de los subcontratistas	235
7. Plazo de entrega	235
8. Domicilio del proponente	237
Estipulación clara de los factores de ponderación	238
Procedimientos de selección del contratista	239
La licitación	239

<i>Definición</i>	239
Diferencia entre la licitación y el concurso de méritos	240
Características del procedimiento de licitación	242
1. <i>Es un procedimiento reglado</i>	242
2. <i>Es Público</i>	242
3. <i>Es abierto o de libre concurrencia</i>	243
4. <i>Garantiza la igualdad de los oferentes</i>	245
Etapas del proceso licitatorio	246
A. <i>Fase preparatoria</i>	246
Estudios previos	249
Obligatoriedad de los estudios previos	252
Publicidad de los estudios previos	253
Riesgos de la contratación	254
Diferencia entre los riesgos del contrato y los riesgos de la administración	258
Apertura de la licitación	259
Revocatoria del acto de apertura	261
Suspensión del proceso de selección	262
Publicación de los avisos de licitación	262
B. <i>Fase de comparación</i>	267
1) <i>Aclaración de dudas y alcance de los documentos de licitación</i>	268
2) <i>Las evaluaciones de las ofertas</i>	269
<i>Comités de evaluación</i>	272
3) <i>Audiencia pública de adjudicación del contrato</i>	274
<i>Sistema de conformación dinámica de las ofertas</i>	278
1. <i>Decreto 2170 de 2002</i>	278
2. <i>Ley 1150 de 2007</i>	278
El pliego de condiciones	279
Gratuidad de los pliegos de condiciones	282
Pasos para la elaboración del pliego de condiciones	283
Contenido del pliego de condiciones	285
1. <i>Obligación de indicar el presupuesto oficial</i>	287
2. <i>El objeto del contrato</i>	288
<i>Requisitos de participación y de evaluación</i>	290
3. <i>El plazo</i>	292
4. <i>El precio</i>	293
5. <i>La calidad de los oferentes</i>	296
6. <i>Evaluación de la propuesta</i>	297
I. <i>Evaluación en la Ley 80 de 1993</i>	297
II. <i>Evaluación en la Ley 1150 de 2007</i>	298
<i>Irregularidades detectadas en la evaluación</i>	304
C. <i>Fase de la adjudicación</i>	306
<i>La revocación de la adjudicación y su nulidad</i>	306
<i>Revocabilidad excepcional de la adjudicación</i>	307
<i>Consecuencias para la entidad por el incumplimiento de la adjudicación</i>	313
<i>Declaratoria de desierta</i>	317
<i>Validez de la propuesta única</i>	320
<i>Primacía de la decisión de adjudicar</i>	322
<i>Protección a las propuestas nacionales</i>	323
<i>Bienes de origen nacional</i>	323

Tratamiento preferencial	324
Reglas de evaluación para la protección	325
Contratación electrónica	325
Herramientas de uso en la contratación electrónica	332
Contratación directa	335
Términos de referencia para la contratación directa	339
Desempate de ofertas	341
¿Cuándo hay lugar a la contratación directa?	344
<i>Urgencia manifiesta</i>	345
<i>Contratación de empréstitos</i>	348
Contratos interadministrativos	349
Reglas para la contratación de seguros	354
La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición	355
Inexistencia de pluralidad de ofertas	358
Actividades comerciales	360
Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales	362
El arrendamiento o adquisición de inmuebles	364
Contratación con multinacionales	365
El procedimiento	367
A) <i>Antes de la Ley 1150 de 2007</i>	367
Prelación para entidades sin ánimo de lucro	368
Formalidad de la solicitud	368
B) <i>Procedimiento con la Ley 1150 de 2007</i>	369

Capítulo IV CLÁUSULAS EXCEPCIONALES

Aspectos generales	373
¿Qué es una cláusula exorbitante o excepcional?	374
Anotaciones previas	375
Criterio para clasificar los contratos	377
Poder sancionatorio	378
Las cláusulas excepcionales en la Ley 80	381
Compensaciones en favor del contratista	382
Cuándo no se estipulan	384
La excepción de la excepción	386
Cláusulas autorizadas por las Comisiones de Regulación	387
Cláusulas presuntas	389
La caducida	390
Aspectos preliminares	390
Definición	392
Causales de caducidad	393
Otras causales	393
1. <i>Por colaboración con grupos al margen de la ley</i>	393
2. <i>Por alcances fiscales</i>	395

3. <i>Por no protección a la ingeniería nacional</i>	396
4. <i>Por no prorrogar la garantía del contrato</i>	397
5. <i>En materia de minas</i>	399
6. <i>Por mora en pago de las obligaciones para fiscales</i>	401
Oportunidad para declarar la caducidad	402
Situación precedente	402
Obligación de declarar la caducidad	405
Motivos de declaración	407
La caducidad por fuera del plazo del contrato	413
¿Qué se debe entender por terminación?	416
¿Cuál es la naturaleza del plazo?	417
Posición actual del Consejo de Estado	419
Declaración de la caducidad antes del perfeccionamiento del contrato	421
Caducidad inducida por la Administración o por culpa de ésta	423
Responsabilidad del funcionario que decreta la caducidad	424
Notificación de la caducidad	425
Efectos de la caducidad	426
La terminación unilateral del contrato	427
Conceptos preliminares	427
Causales de terminación	429
1. <i>La muerte</i>	431
2. <i>Incapacidad física permanente del contratista</i>	432
3. <i>Disolución de la persona jurídica contratista</i>	434
4. <i>La interdicción judicial</i>	435
5. <i>La incapacidad financiera del contratista</i>	435
6. <i>La quiebra del contratista</i>	436
7. <i>Cesación de pagos y embargo judicial del contratista</i>	438
a. Elementos preliminares	438
b. La cesación de pagos	439
Prueba de la cesación de pagos	441
c. Embargo judicial del contratista	442
Causales no incluidas en la Ley 80 de 1993	442
1. <i>La intervención del contratista</i>	442
2. <i>Concordato preventivo</i>	443
El nuevo régimen en los concordatos	444
3. <i>El retraso en el pago de salarios</i>	445
Terminación unilateral por calificación insatisfactoria	445
Compensación por terminación unilateral	447
La interpretación unilateral del contrato	447
La modificación unilateral	448
Desistimiento del contratista	451
Las multas	452
Fuente de las multas	454
Normas aisladas sobre multas	457
Oportunidad para imponer las multas	459
Las multas en la Ley 1150 de 2007	460
1. <i>Régimen retroactivo de multas</i>	462
Debido proceso	463

2. <i>Cláusula penal</i>	464
3. <i>Jurisdicción coactiva</i>	465
La liquidación unilateral como potestad exorbitante	466
Subsección	468
Liquidación del contrato	468
Cuándo procede la liquidación	468
Plazo para la liquidación del contrato	469
Plazo supletorio para liquidar	470
Clases de liquidación del contrato	471
a) <i>Liquidación voluntaria</i>	471
b) <i>Liquidación unilateral</i>	472
c) <i>Liquidación judicial del contrato</i>	473
Contenido de la liquidación	474
La Reversión	475
El sometimiento a las leyes nacionales	477
Garantías	479
Parámetros de la nueva regulación	479
Concepto	480
Exoneración de garantías	483
Modalidades de las garantías	485
Cuantías	486
Suficiencia de la garantía	488
Excepción a la cobertura de la garantía	490
Excepción a la vigencia de las garantías	491
Divisibilidad	492
Consecuencias de la no prórroga	494
a) <i>Antes de la Ley 1150 de 2007</i>	494
b) <i>Con la Ley 1150 de 2007</i>	495
Cobro de la cláusula penal	495
Valor parcial de la garantía única	496
Divisibilidad de las garantías	497
Siniestro y comunicación a la aseguradora	498

Capítulo V LA ECUACIÓN ECONÓMICA CONTRACTUAL

Concepto previo	499
Alcance del equilibrio	501
Garantía de utilidades del contratista	502
La problemática del equilibrio financiero	503
1. <i>Previsiones necesarias en la contratación</i>	503
2. <i>Potestades exorbitantes y equilibrio contractual</i>	505
3. <i>Indemnización bajo el Decreto 222 de 1983</i>	505
El equilibrio económico en la Ley 80 de 1993	506
La equivalencia de las prestaciones	508
Factores que afectan la equivalencia de las prestaciones	509

El tiempo	509
El medio de pago	510
Cláusula de reajuste	511
El reajuste de los precios en Colombia	513
Corrección de las fórmulas de reajuste	514
El equilibrio financiero en favor de la entidad	515
Otras figuras sobre mecanismos de protección financiera	516
1. <i>Las cláusulas de renegociación o de "hardship"</i>	516
2. <i>Protección de las entidades ante los cambios económicos - los swaps</i>	518
Los imprevistos de la contratación	519
1. <i>Fuerza mayor</i>	519
a. <i>La Imprevisibilidad</i>	520
b. <i>La irresistibilidad</i>	520
c. <i>La ausencia de culpa de quien la sufre</i>	520
2. <i>Las sujeciones materiales imprevistas</i>	522
3. <i>Teoría de la imprevisión</i>	524
Definición	524
Evolución de la teoría de la imprevisión	525
Presupuestos de la imprevisión	529
La imprevisión en la legislación colombiana	533
<i>Regulación en la contratación privada</i>	533
<i>En la contratación estatal</i>	535
4. <i>El hecho del príncipe</i>	537
Efectos y consagración en Colombia	540
Restablecimiento integral en favor del contratista	540
Reconocimiento de intereses	541
Los imprevistos del contrato y los imprevistos del contratista	542

Capítulo VI

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS EN LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO

Nociones preliminares	545
Formas de responsabilidad	547
1. <i>La responsabilidad penal</i>	548
2. <i>La responsabilidad disciplinaria</i>	550
3. <i>Responsabilidad económica o pecuniaria</i>	552
4. <i>Responsabilidad fiscal</i>	552
5. <i>Responsabilidad política</i>	553
La responsabilidad personal	553
Sanciones	554
Responsabilidad institucional	555
Concepto	555
Planteamiento histórico	556

¿Cómo se estructura?	557
La responsabilidad del funcionario frente a la responsabilidad institucional en la contratación	557
Anotaciones finales acerca de la responsabilidad en la contratación	562
<i>A manera de conclusión</i>	562
Dolo y culpa grave	563
Definición legal y presunciones	565
Presunciones del dolo	565
Presunciones de culpa grave	566
Conductas en que puede incurrir un funcionario	566
La acción de repetición	567
Quién puede ejercer la acción de repetición	568
Cuándo puede ejercerse la repetición	571
Caducidad de la acción de repetición	573
Prescripción de la responsabilidad del funcionario	574
Competencia del juez contencioso	574
Responsabilidad de los particulares	576

Capítulo VII LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Acciones contra los actos previos al contrato	582
Hechos anteriores al contrato	584
Los actos separables en particular	584
1. <i>El acto de adjudicación</i>	584
Naturaleza de la adjudicación	585
¿Qué efectos produce la declaratoria de nulidad de la adjudicación?	587
Indemnización	588
2. <i>Declaración de desierta de la licitación o concurso</i>	588
Ausencia de adjudicación	591
3. <i>Los actos de calificación y clasificación en el Registro de Proponentes</i>	592
4. <i>Los demás actos previos al contrato</i>	593
Acciones contra los actos y hechos originados a partir de la adjudicación del contrato	593
Nulidad de los actos que expide la entidad	594
Nulidad del contrato	595
Necesidad de decisión judicial	598
Nulidad parcial	600
Nulidad virtual	600
Las causales de nulidad absoluta	601
1. <i>Los contratos estatales son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común</i>	602
2. <i>Cuando se celebren con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y/o la Ley</i>	603
Regla especial para interpretación de las inhabilidades	604
3. <i>Cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal</i>	604
4. <i>Cuando se celebren con abuso o desviación de poder</i>	605
5. <i>Cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten</i>	607

6. Cuando se celebren con desconocimiento de las reglas sobre tratamiento a las ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad	608
Nulidad relativa	609
Efectos de la nulidad	610
Liquidación judicial del contrato	613
El incumplimiento de las partes	614
La excepción de contrato no cumplido	617
Eventos que no implican renuncia a la acción indemnizatoria	620
Acción de cumplimiento para la Entidad Estatal	620
Juez del contrato	621
Contratos estatales excluidos de la jurisdicción contenciosa	623
Juez del contrato en los servicios públicos domiciliarios	624
La responsabilidad consecuencial por conducta anticontractual	626
Caducidad de la acción contractual	629
Prescripción o caducidad	630
Las ejecuciones derivadas del contrato	634
Modificación tácita del artículo 68 del C.C.A.	636
Legitimación para el cobro ejecutivo	637
Caducidad y prescripción de la acción ejecutiva	638
Los títulos ejecutivos derivados de los contratos estatales	639
“¿Cuál es la naturaleza jurídica de las garantías?	641
Diferentes títulos ejecutivos derivados del contrato estatal	643
1. El contrato estatal	644
2. Las actas adicionales que modifican el contrato	644
3. El convenio de transacción	644
4. El acta de liquidación del contrato	645
5. Las actas de pago	645
6. Facturas de bienes recibidos y facturas cambiarias	646
7. Los actos administrativos unilaterales, debidamente ejecutoriados.	649
8. Las sentencias proferidas en los procesos contractuales	650
Ejecuciones derivadas de condenas	651
9. Los autos interlocutorios	653
10. Los laudos arbitrales	654
11. Las pólizas de seguro	654
BIBLIOGRAFIA	655
ÍNDICE TEMÁTICO POR MATERIAS	661