

JESÚS MARINO OSPINA MENA

RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Un salto a la contratación líquida

edición 2021



RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL
Un salto a la contratación líquida

Segunda edición 2021

I.S.B.N: 978-958-5134-40-9

I.S.B.N: Digital: 978-958-5134-41-6

© Jesús Marino Ospina Mena 2021
marinospina@hotmail.com

© Editorial Diké S.A.S. 2021
www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Tel.: 704 6822
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarras, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: cmya.disenoydiagramacion@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

JESÚS MARINO OSPINA MENA
Presidente del Instituto Colombiano de Contratación Estatal – INCOES
Conjuez Consejo de Estado
Profesor universitario

RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL
Un salto a la contratación líquida

Segunda edición 2021



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Ospina Mena, Jesús Marino

Régimen de la contratación estatal : un salto a la contratación líquida / Jesús Marino Ospina Mena. -- 2a. ed. -- Medellín : Editorial Diké : Instituto Colombiano de Contratación Estatal, 2021.

718 p.

Incluye datos del autor. -- Contiene bibliografía.

ISBN 978-958-5134-40-9 -- ISBN Digital 978-958-5134-41-6

1. Contratos públicos - Aspectos jurídicos - Colombia

2. Contratos administrativos - Colombia I. Título

CDD: 346.861023 ed. 23

CO-BoBN- a1061715

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Un salto a la contratación líquida

JESÚS MARINO OSPINA MENA

Segunda edición 2021

EDITORIAL DIKÉ
2021

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	17
INTRODUCCIÓN.....	19
DEFINICIONES.....	39

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

1. INTRODUCCIÓN.....	56
2. DECRETO LEY 1670 DE 1975.....	59
2.1. <i>Las entidades públicas destinatarias de la norma.....</i>	<i>59</i>
2.2. <i>Los partícipes de la contratación administrativa.....</i>	<i>60</i>
2.3. <i>De las inhabilidades.....</i>	<i>60</i>
2.3.1. <i>Otras inhabilidades.....</i>	<i>61</i>
2.4. <i>De las incompatibilidades.....</i>	<i>62</i>
2.5. <i>Excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades.....</i>	<i>62</i>
2.6. <i>Normatividad aplicable a la contratación administrativa.....</i>	<i>62</i>
2.7. <i>Delegación.....</i>	<i>63</i>
2.8. <i>Las modalidades de selección en el decreto 1670 de 1975.....</i>	<i>63</i>
2.8.1. <i>Contrato por acto administrativo.....</i>	<i>63</i>
2.8.2. <i>La licitación.....</i>	<i>63</i>
2.8.3. <i>La contratación directa.....</i>	<i>66</i>
3. DECRETO LEY 150 DE 1976.....	81
3.1. <i>Puesta en común.....</i>	<i>81</i>
3.2. <i>Modificaciones relevantes entre los dos decretos.....</i>	<i>82</i>

4. DECRETO 222 DE 1983	86
4.1. <i>Introducción</i>	86
4.2. <i>Aspectos del nuevo régimen contractual</i>	88
4.2.1. Definición de empleado oficial.....	88
4.2.2. Normativa aplicable al estatuto.....	88
4.2.3. Contratos administrativos y de derecho privado de la administración.....	88
4.2.3.1. <i>Jurisdicción competente</i>	89
4.2.4. Clausulas excepcionales en el decreto 222 de 1983.....	90
4.2.4.1. <i>Terminación unilateral</i>	90
4.2.4.2. <i>Modificación unilateral</i>	91
4.2.4.3. <i>Interpretación unilateral</i>	92

CAPÍTULO II

HOLÍSTICA DEL CONTRATO ESTATAL

1. INTRODUCCIÓN	125
2. CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL	131
3. CRITERIO QUE DETERMINA LA NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES JURÍDICOS DEL CONTRATO ESTATAL	134
i).- <i>Contratos estatales regidos por el ECAP</i>	136
ii).- <i>Contratos estatales excluidos del ECAP. a.- Contratos estatales excluidos con régimen de derecho privado. b. Contratos excluidos con régimen especial</i>	142
4. ADQUISICIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES	160
5. TIPOLOGÍAS CONTRACTUALES	165
5.1. <i>Contrato de obra pública</i>	169
5.1.1. Modalidades de pago del contrato de obra. a.- Precio unitarios. b.- Precio global. c. Administración delegada. d.- Reembolso de gastos.- e.- La concesión como moda- lidad de remuneración.	176
5.1.2. Conceptualización del -A.I.U.- <i>¿su papel es exclusivo de los contratos de obra pública?</i>	196
5.2. <i>Contrato de prestación de servicios</i>	203

5.2.1.	El contrato de prestación de servicios una delimitación con la nominas paralelas	214
5.2.2.	El contrato de prestación de servicios y el elemento de subordinación como prueba del contrato realidad.....	215
5.2.3.	La cuota Litis o comisión de éxito como forma de remuneración de los contratos de prestación de servicios profesionales.....	220
5.3.	<i>Contrato de consultoría</i>	234
5.3.1.	Características de los contratos de consultoría.....	236
5.4.	<i>Contrato de concesión</i>	240
5.4.1.	Característica y elementos del contrato de concesión. a.- La remuneración.- b.- La distribución de riesgos. c.- Propiedad y responsabilidad del bien o servicio debe ser del cedente. d.- La reversión	247
5.4.2.	Delimitación histórica de las concesiones de infraestructura, frente a otras tipologías de concesiones.....	255
5.4.3.	Evolución en los proyectos viales en Colombia. a.- Concesiones primera generación. b.- Concesiones de segunda generación. c.- Concesiones de tercera generación. d. Concesiones de cuarta generación	256
5.4.4.	La concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones	277
5.4.4.1.	<i>La reversión en los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones. ¿rompe el principio de igualdad y libre competencia?</i>	287
5.4.5.	La concesión del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional.....	297
5.5.	<i>Contratos estatales de alumbrado público</i>	310
5.6.	<i>Encargos fiduciarios y fiducia pública.</i>	317
6.	LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	319
1.	<i>Riesgos Generales</i>	323
2.	<i>Tipificación de riesgos especiales en proyectos férreos de pasajeros e infraestructura</i>	327
3.	<i>Otros riesgos asociados a la gestión, corrupción y la seguridad digital</i>	342

CAPÍTULO III

FORMACIÓN Y REQUISITOS DEL CONTRATO ESTATAL

1. INTRODUCCIÓN.....	347
2. ETAPAS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL	350
2.1. <i>Etapa precontractual.....</i>	350
* <i>El principio de planeación en la formación del Contrato Estatal.....</i>	351
2.1.1. Estudios previos	359
2.1.2. Los prepliegos y pliegos definitivos.....	368
2.1.3. Naturaleza de los pliegos de condiciones.....	378
2.1.4. Los pliegos o documentos tipo.....	382
2.1.4.1. <i>Documentos tipo; ¿son un verdadero instrumento para combatir la corrupción?</i>	385
2.1.4.2. <i>Ámbito de aplicación de los pliegos tipo en el Decreto 342, 2096 de 2019, 594 de 2020 y la Ley 2022 de julio 22 de 2020.....</i>	389
2.1.4.3. <i>Conclusiones.....</i>	405
2.1.5. Acto de apertura	421
2.1.6. Audiencia públicas en la contratación	423
2.1.7. Presentación ofertas	428
2.1.7.1. <i>Clases de propuestas. a).- Simples. b).- Alternativas. c).- Plurales o de estructura. d).- Especiales. Clases de informes. i. Informe provisional. ii. Informe final. iii. Informe definitivo</i>	429
2.1.8. Requisitos habilitantes.....	437
2.1.8.1. <i>El K de contratación o capacidad residual.....</i>	446
2.1.8.2. <i>Subsanación de los requisitos habilitantes</i>	449
2.1.9. Fase de evaluación	453
2.1.9.1. <i>Naturaleza jurídica del informe de evaluación.....</i>	456
2.1.9.1. <i>Ofertas artificialmente bajas.....</i>	459
2.1.10. La adjudicación.....	468
2.1.10.1. <i>Criterios de escogencia de la oferta más favorable</i>	472
2.2. <i>Etapa Contractual.....</i>	477
2.2.1. Forma del contrato	478
2.2.1.1. <i>La urgencia</i>	481
2.2.1.2. <i>Los hechos cumplidos.....</i>	488

2.2.1.2.1.	<i>Vía procesal del enriquecimiento sin causa – una propuesta de distinción para el contrato estatal exceptuado del ECAP.</i>	509
2.2.2.	Celebración y perfeccionamiento del contrato estatal	514
2.2.2.1.	<i>¿Qué actos precontractuales tienen la vocación de impugnación ante el juez administrativo?</i>	521
2.2.2.2.	<i>Forma de controvertir los actos previos en la Ley 1437 de 2011</i>	524
a.	<i>La caducidad anticipada</i>	534
b.	<i>Teoría de los actos separables</i>	535
2.2.2.3.	<i>Naturaleza jurídica de los actos precontractuales y medio de control del contrato estatal de las entidades de régimen exceptuado</i>	545
2.2.3.	Contenido del contrato. a). Elementos esenciales. b) Elementos de la naturaleza. c). Elementos accidentales	549
2.2.3.1.	<i>Anticipo y pago anticipado, ¿es un préstamo al contratista?</i>	562
2.2.4.	Características del contrato estatal	568
2.2.5.	Aplicación práctica del principio de anualidad en la ejecución contractual.....	575
2.2.5.1.	<i>Excepciones legales al principio de anualidad</i>	576
2.2.5.2.	<i>Las vigencias expiradas – excepción extralegal al principio de anualidad</i>	582
2.3.	<i>Etapa post-contractual</i>	584
2.3.1.	Terminación del contrato	584
2.3.1.1.	<i>Modalidades y formas de terminación del contrato</i>	585
2.3.2.	Liquidación del contrato	594
2.3.2.1.	<i>Diferentes modalidades de liquidación del contrato. a.- Bilateral. b.- Unilateral. c.- Judicial</i>	597
2.3.2.2.	<i>Conclusiones de la liquidación contractual</i>	607
2.3.3.	El fenómeno del contrato no liquidado dentro de los términos legales	608

CAPÍTULO IV

POTESTADES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES

REGIDAS POR LEY 80 DE 1993 Y DE RÉGIMEN EXCEPTUADO

1.	INTRODUCCIÓN.....	614
2.	ORIGEN DE LAS PRERROGATIVAS UNILATERALES DE LA ADMINISTRACIÓN....	617
3.	DISTINCIÓN ENTRE LOS PODERES CONTRACTUALES UNILATERALES EXORBITANTES Y NO EXORBITANTES	622
	3.1. <i>Diferencia entre exorbitancia y cláusula de privilegio.....</i>	628
4.	CLÁUSULAS EXCEPCIONALES O EXORBITANTES PROPIAMENTE DICHAS	631
	4.1. <i>Interpretación unilateral.....</i>	635
	4.2. <i>Modificación unilateral.....</i>	640
	4.2.1. <i>El ius variandi como causal del desequilibrio contractual.....</i>	650
	4.2.2. <i>Diferencias entre el desequilibrio y el incumplimiento contractual.....</i>	653
	4.3. <i>Terminación unilateral</i>	659
	4.4. <i>La caducidad</i>	665
	4.5. <i>La reversión.....</i>	671
	4.6. <i>Sometimiento a las leyes nacionales.</i>	674
5.	PODERES UNILATERALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES DE RÉGIMEN EXCEPTUADOS	675
6.	POTESTADES UNILATERALES NO EXORBITANTES.....	688
	6.1. <i>La declaratoria unilateral de siniestros y cuantificación de perjuicios.....</i>	689
	6.2. <i>Imposición de multas</i>	694
	6.3. <i>Cláusula penal pecuniaria</i>	696
	6.4. <i>Terminación unilateral del contrato por nulidad absoluta.....</i>	698
	6.5. <i>Liquidación unilateral del contrato.....</i>	699
	BIBLIOGRAFÍA	703

JESÚS MARINO OSPINA MENA*
Presidente del Instituto Colombiano de
Contratación Estatal - "INCOES"
Conjuez Consejo de Estado
Profesor Universitario

* **Breve reseña:** Abogado de la Universidad de San Buenaventura de Cali, Administrador de Empresas de la Universidad Libre de Colombia, magister en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, especialista en Derecho Administrativo USABU - Bolivariana. Actualmente Conjuez del Consejo de Estado, exconjuez Tribunal Administrativo del Valle, Profesor Universidades Javeriana e Icesi, Presidente del Instituto Colombiano de Contratación Estatal.

PRESENTACIÓN

Como de gran pertinencia, tanto por el contenido, como el título de esta obra, constituye la presentación del libro «Temas en contratos estatales»¹, en el que participé como uno de los editores, en esa oportunidad se dijo:

“Vivimos en una época de verdadera revolución del conocimiento. Una época en la que nada queda en pie porque todo, aun lo que hemos concebido por años como absolutamente sólido y verdadero, se somete a duda, y, lo que es más, «no sabemos si peor o mejor», se revalúa en sus bases más esenciales.

El avance científico es demoledor de una serie de conceptos y de prácticas que hace tiempo teníamos como definitivamente adquiridas. Alguien decía que hoy el mundo es más grande y más pequeño que antes: más grande por cuanto lo conocemos en su totalidad, al menos geográficamente, esta circunstancia amplió de manera notable las fronteras del mundo antiguo; más pequeño porque la ciencia y la técnica han acercado las distancias, de tal manera, que se pueden tomar como inexistentes. Piénsese en el tiempo que se requiere para que en América, por ejemplo, se conozca un suceso que ha ocurrido en el sitio más lejano de África.

Al mismo tiempo, y por vía de consecuencia, el ser humano se ha ido haciendo a necesidades nuevas, antaño desconocidos que, en unos casos, han mejorado sus condiciones de vida y, en otros (y a veces como fenómeno paralelo al anterior), han propiciado situaciones de desorden, de injusticia, cuando no de caos.

Dadas las condiciones que anteceden, las decisiones públicas «a la

1 Temas en Contratos Estatales. Editorial Diké 2010.

hora actual adoptadas por el Estado» buscan asumir esa nueva realidad, regulando hasta donde le sea posible ese galopante proceso que desata nuevos conflictos sociales que, en muchos casos, amenazan con desbordar.

Ese marco repercute directamente en las disciplinas jurídicas que tienen como propósito la convivencia pacífica de la especie humana mediante la solución de sus conflictos, nuevos y antiguos, que surgen por el roce permanente de sus intereses. Además, incide en una proporción nada desdeñable en temas como los servicios públicos y la contratación estatal, cuya mutua relación e influencia resultan innegables. De allí, que para el jurista se constituya un mandamiento permanente la reflexión cotidiana de la realidad que vive, para contribuir al logro de los propósitos de la disciplina que lo compromete profesionalmente”.

Son estos puntos basilares el propósito de la presente obra que hoy tengo el gusto de presentar a la comunidad académica y, en particular, a los que les apasiona la contratación administrativa, puedan contar con algunos enfoques distintos propuestos a partir de diversas instituciones del derecho, lo cual como se manifestó en la obra *Temas en Contratos Estatales*, «en nada disminuye la utilidad de la obra; al contrario, la enriquece».

Bogotá D.C., octubre de 2020.

INTRODUCCIÓN

«*La esperanza es el soñar del hombre despierto*»

Aristóteles

Si tratamos de buscar una metáfora para identificar las etapas de la evolución de la contratación administrativa en Colombia, dicho trasegar se ha pasado inicialmente, en lo que el filósofo y sociólogo polaco Zygmunt Bauman² denominó como modernidad sólida y modernidad líquida³. Es así como esa primera etapa es predecible, ordenada, estable, esto es, estática, mientras que la modernidad líquida es fluida, cambiante, inestable y caótica.

Bauman identifica algunas causas que llevan a la sociedad a esas transiciones; dentro de las más importantes está el poder de las empresas privadas, corporaciones y organismos transnacionales. Estas entidades tienen más influencia y poder que los propios gobiernos; cuentan con el poder de influenciar en el cambio de las nuevas formas de consumo, y en efecto, hoy no consumimos bienes y servicios por la simple necesidad de satisfacer necesidades, sino que son influenciados, y trasciende a otros campos, como el social, cultural, económico, legislativo, incluso, el jurisdiccional. Hoy las personas buscan estatutos y diferenciación por un ideal prefijado, y se crean así nuevas formas de concebir el mundo.

Otra causa es la tecnología, la cual se desarrolla a pasos inculcables, los nuevos vasos comunicantes han dejado de ser los medios tradicionales escritos y televisivos del ayer, y estamos regidos por las perfilaciones de gustos, tendencias políticas y, en general,

2 Zygmunt Bauman (Polonia, 19 de noviembre de 1925 – Leeds, Inglaterra, 9 de enero de 2017).

3 Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires Argentina. Junio 2004.