

Jesús Marino Ospina Mena

POTESTADES UNILATERALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES

Primera Edición 2023

incoes

INSTITUTO COLOMBIANO DE CONTRATACIÓN
ESTATAL Y SERVICIOS PÚBLICOS



Ospina Consultores
Abogados

ED
EDITORIAL DIKÉ

POTESTADES UNILATERALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES

**Actualizado con las leyes 2160 de noviembre 25 de 2021, 2195
de enero 18 de 2022 y la Ley 2294 de mayo 19 de 2023**

Primera edición 2023

I.S.B.N: 978-628-7647-31-2

I.S.B.N: Digital: 978-628-7647-32-9

© Jesús Marino Ospina Mena 2023
marinospina@hotmail.com

© Editorial Díké S.A.S. 2023
www.editorialdike.com

Editorial Díké 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
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

Diseño de portada

Melissa Herrera Holguín cel: 313 656 9734
email: angiemelissaherreraholguin@gmail.com

**Potestades Unilaterales de las Entidades Estatales. 1ra edición impresa en
septiembre del 2023.**

**La impresión de esta obra se terminó en los talleres de TC IMPRESORES S.A.S.,
Dirección: Carrera 26 No. 6 51 Bogotá D.C. Tel.: (601) 360 3969 ext. 128
www.tcimpresores.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 y
Servicios Públicos “INCOES”
Conjuez Consejo de Estado
Profesor Universitario

POTESTADES UNILATERALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES

**Actualizado con las leyes 2160 de noviembre 25 de 2021, 2195
de enero 18 de 2022 y la Ley 2294 de mayo 19 de 2023**

Primera edición 2023



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Ospina Mena, Jesús Marino, autor

Potestades unilaterales de las entidades estatales : actualizado con las leyes 2160 de noviembre 25 de 2021, 2195 de enero 18 de 2022 y la Ley 2294 de mayo 19 de 2023 / Jesús Marino Ospina Mena. -- Primera edición. -- Medellín : Editorial Diké : Incoes : Ospina Consultores Abogados, 2023.

450 páginas.

Incluye datos curriculares del autor -- Incluye bibliografías general y jurídica.

ISBN 978-628-7647-31-2 -- 978-628-7647-32-9 (digital)

1. Ley 2160 de 2021 - Crítica e interpretación 2. Ley 2195 de 2022 - Crítica e interpretación 3. Ley 2294 de 2023 - Crítica e interpretación 4. Contratos públicos - Aspectos jurídicos - Colombia 5. Empresas estatales - Aspectos jurídicos - Colombia 6. Declaración unilateral de voluntad - Colombia

CDD: 346.861023 ed. 23

CO-BoBN- a1124881

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

POTESTADES UNILATERALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES

JESÚS MARINO OSPINA MENA

Actualizado con las leyes 2160 de noviembre 25 de 2021, 2195 de
enero 18 de 2022 y la Ley 2294 de mayo 19 de 2023

Primera edición 2023

EDITORIAL DIKÉ
2023

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	13
INTRODUCCIÓN	17
DEFINICIONES	23

CAPÍTULO I

EL CONTRATO ESTATAL COMO TIPOLOGÍA ÚNICA Y RÉGIMEN JURÍDICO MÚLTIPLE

1. INTRODUCCIÓN.....	46
2. CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL.....	52
3. CRITERIO QUE DETERMINA LA NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN DE LOS RÉGIMENES JURÍDICOS DEL CONTRATO ESTATAL.....	56
i).- <i>Contratos estatales regidos por el ECAP.</i>	58
ii).- <i>Contratos estatales exceptuados del ECAP.</i>	63
a.- <i>Contratos excluidos del ECAP de régimen privado</i>	64
4. ENTIDADES ESTATALES OBLIGADAS A PUBLICAR EN EL SECOP II	79
4.1. <i>Marco normativo del SECOP</i>	81
4.2. <i>Obligación de publicar de las empresas de servicios público</i>	82
4.3. <i>Obligación de publicar los contratos y la actividad contractual</i>	84
4.4. <i>Los conceptos emitidos y la doctrina Constitucional sobre la obligación de publicar</i>	91
4.4.1. El Departamento Nacional de Planeación.....	91
4.4.2. La Contraloría General de la República.....	92
4.4.3. La Superintendencias de Servicios Públicos.	94
4.4.4. El Consejo de Estado	95
4.4.5. La Procuraduría General de la Nación.....	96
4.4.6. La Corte Constitucional	97

4.5.	<i>Conclusiones generales del deber de publicación de las empresas de servicios públicos</i>	100
5.	NO DISPONIBILIDAD DEL SECOP II	106
5.1.	<i>Trámites contractuales que pueden afectarse</i>	107
5.2.	<i>Definiciones</i>	109
5.3.	<i>Implementación del protocolo para las fallas del SECOP II</i>	111
5.4.	<i>Indisponibilidad del SECOP I</i>	114
6.	CONCLUSIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO ESTATAL	115

CAPÍTULO II

POTESTADES UNILATERALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES REGIDAS POR EL ECAP Y DE RÉGIMEN EXCEPTUADO

1.	INTRODUCCIÓN	121
2.	ORIGEN DE LAS PRERROGATIVAS UNILATERALES DE LA ADMINISTRACIÓN	124
3.	NOCIÓN DE POTESTAD UNILATERAL	130
4.	DISTINCIÓN ENTRE LOS PODERES CONTRACTUALES UNILATERALES -EXORBITANTES Y NO EXORBITANTES-	140
4.1.	<i>Diferencia entre exorbitancia y cláusula de privilegio</i>	143
5.	CLÁUSULAS EXCEPCIONALES O EXORBITANTES PROPIAMENTE DICHAS	146
*	<i>Requisitos para el ejercicio de las exorbitancias</i>	148
5.1.	<i>Interpretación unilateral</i>	152
5.2.	<i>Modificación unilateral</i>	156
5.2.1.	<i>El ius variandi como causal del desequilibrio contractual</i>	170
5.2.2.	<i>Diferencias entre el desequilibrio y el incumplimiento contractual</i>	174
5.3.	<i>Terminación unilateral</i>	180
5.3.1.	<i>Modalidades y formas de terminación del contrato</i>	186
5.4.	<i>La caducidad</i>	195
5.5.	<i>La reversión</i>	202
5.5.1.	<i>De los contratos de concesión y las asociaciones público privadas</i>	205
5.5.1.1.	<i>Características y elementos del contrato de concesión</i>	214
5.5.1.2.	<i>Evolución histórica de los proyectos viales en Colombia</i>	216

	<i>a. Concesiones de primera generación.</i>	
	<i>b. Concesiones de segunda generación.</i>	
	<i>c. Concesiones de tercera generación.</i>	
	<i>d. Concesiones de cuarta generación.</i>	
	<i>e. Concesiones de quinta generación.</i>	<i>218</i>
5.5.2.	Las Asociaciones Público Populares de la Ley 2294 de 2023.	237
5.6.	<i>Sometimiento a las leyes nacionales</i>	242
6.	POTESTADES UNILATERALES NO EXORBITANTES.....	244
6.1.	<i>Declaratoria de cesión unilateral del contrato</i>	247
6.1.1.	Noción y alcance de las inhabilidades	257
6.1.2.	Clases o tipos de inhabilidades	259
6.2.	<i>La declaratoria unilateral de siniestros y cuantificación de perjuicios</i>	260
6.3.	<i>Imposición de multas</i>	267
6.4.	<i>Cláusula penal pecuniaria</i>	278
6.4.1.	Diferencia entre la multa y la cláusula penal pecuniaria	287
6.5.	<i>Terminación unilateral del contrato por razones de nulidad absoluta</i>	290
6.5.1.	La nulidad en los contratos estatales y la diferencia entre la nulidad relativa y absoluta	297
6.6.	<i>Liquidación unilateral del contrato</i>	304
6.6.1.	Modalidades de liquidación del contrato	309
6.6.2.	Conclusiones de la liquidación contractual.....	324
6.6.3.	El fenómeno del contrato no liquidado dentro de los términos legales.....	326
6.7.	<i>Multas, sanciones e incumplimiento en aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011</i>	330
7.	FACULTADES UNILATERALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES DE RÉGIMEN EXCEPTUADOS	338
7.1.	<i>Naturaleza jurídica de los actos precontractuales y contractuales de las entidades estatales de régimen exceptuado</i>	340
7.2.	<i>Contratos que no contemplan la aplicación de cláusulas exorbitantes</i>	358
7.3.	<i>Contratos que están gobernados por normas especiales</i>	360

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE ANUALIDAD EN EL CONTRATO ESTATAL

1. INTRODUCCIÓN.....	364
2. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE ANUALIDAD EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.....	366
2.1. <i>Excepciones legales al principio de anualidad</i>	<i>368</i>
a.- <i>Las reservas de apropiación,</i>	
b.- <i>Las reservas de apropiación por contratos no perfeccionados,</i>	
c.- <i>Pasivos por pagar de vigencias expiradas,</i>	
d.- <i>Las vigencias futuras.....</i>	<i>368</i>
2.2. <i>Las vigencias expiradas – excepción extralegal al principio de anualidad</i>	<i>374</i>

CAPÍTULO IV

SUPLEMENTO LEGISLATIVO

LEY 80 DE 1993	377
LEY 1150 DE 2007	408
BIBLIOGRAFÍA	427
BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA	437

PRESENTACIÓN

Hoy más que nunca la contratación estatal se constituye en uno de los temas que más controversias genera en diferentes órdenes, que van desde el académico hasta la aplicación práctica diaria de la contratación, y, más exactamente al hacer referencia a las cláusulas excepcionales, cuyo concepto y temática se dificulta cuándo en la precisión de la figura confluyen criterios como el régimen jurídico aplicable a la entidad estatal.

Otro tópico, que genera toda clase de interpretaciones, es el atinente si toda potestad producto de una decisión unilateral de las entidades estatales son consideradas propiamente una exorbitancia o no. Sin embargo, se está frente a la existencia de una sola categoría contractual, esto es «el contrato estatal», el cual se subdivide en otras tipologías dependiendo si estamos de cara a un régimen exceptuado, o no del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, [en adelante ECAP]. Entiéndase, si se aplica diferentes regímenes, que van desde el público o el privado y hasta regímenes especiales; donde las exorbitancia tienen un tratamiento diferencial.

Partiendo de la lógica que el contrato estatal en esencia contienen un acuerdo de voluntades, por lo que constituyen «ley para las partes»¹, ha de entenderse que podrán exigirse las prestaciones a las que se han obligado las partes del contrato, sin consideración a la autoridad pública o la tipología contractual finalmente celebrada entre las partes. No obstante, lo anterior la administración no solo tiene derechos, sino también «prerrogativas» a su favor, sin desconocer que a la par tiene obligaciones, como consecuencia lógica de ser el contrato *-ley para las partes-* como ya se informó.

1 Véase, Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IIIA. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, enero 15 de 1992. Pág. 350.

Como corolario de lo expuesto, se expone que al menos en Colombia, si bien es cierto se cuenta con una tipología única contractual [el contrato estatal], no existe en la legislación un único régimen que le sea aplicable, dificultad que podría manifestarse por el intérprete contractual, de la lectura del último inciso del artículo 150 constitucional, cuando sostiene la normativa que le compete al Congreso de la República «expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional».

En efecto, la norma puede levantar algunas inquietudes, particularmente en lo que concierne al sentido de la expresión «**estatuto general**» pues, no está haciendo alusión a determinada tipología legislativa *–por ejemplo leyes estatutarias o marco–*. Como bien lo puntualizó nuestra Corte Constitucional, al informar que: «realmente no tiene otra connotación que la de reflejar el querer del constituyente de que exista un estatuto que regule toda la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales»². **Es así que nuestra actual Ley 80 de 1993**, tiene una naturaleza de ley ordinaria.

El libro, así se compone de cuatro capítulos, el primer capítulo del libro se denomina «El contrato estatal como tipología única y régimen jurídico múltiple» que hace referencia concreta al entendimiento del contrato estatal como concepto y noción, para concluir que su régimen podrá ser público, o de régimen común u ordinario.

El segundo capítulo es el atinente a las «Potestades unilaterales de las entidades estatales de régimen del estatuto de contratación de la administración pública y de régimen exceptuado», haciendo referencia

2 Ver Sentencia C-949 de septiembre 5 de 2001. Igualmente, en Sentencia C-633 de 1996, la Corte Constitucional, había dejado en claro que no existe identidad entre “estatuto” y las leyes estatutarias, pues mientras el primer concepto es genérico y aplicable al conjunto normativo referente a una materia cualquiera, integrado por normas constitucionales, legales o de otro nivel, agrupadas o dispersas, las leyes estatutarias se caracterizan precisamente por estar destinadas, por la propia Constitución, a regular determinadas materias cuya enunciación, es taxativa. (...) Se trata de contemplar normas especiales para la contratación que tiene lugar entre el Estado y los particulares, por oposición a la que se desarrolla con arreglo a las leyes civiles y mercantiles únicamente entre personas privadas, luego no existe motivo alguno para que, únicamente en consideración a los sujetos que intervienen como partes en una y otra clase de contratos, las reglas aplicables pudieran tener jerarquía normativa diferente.

que estos constituyen un mecanismo de doble entendimiento, esto es que contamos con cláusulas excepcionales propiamente dichas, y taxativamente clasificadas por el legislador en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; y otras, no excepcionales, pero que comportan una manifestación unilateral de la administración pública, pero que produce efectos jurídicos en el mundo del derecho.

Por la importancia de la figura, el tercer capítulo del libro, se ocupa de «El principio de anualidad de las entidades estatales» como quiera que la operatividad práctica de su aplicación en la contratación pública, conlleva a una serie de dificultades al cierre de cada vigencia presupuestal, donde se busca algunas soluciones que se han auscultado en la academia, la doctrina, la jurisprudencia y en el propio ejecutivo.

El cuarto y último capítulo del libro hace referencia a la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, normas actualizadas con la recién expedidas ley 2080 de enero 25 de 2021, la ley 2160 de noviembre 25 de 2021, ley 2195 de enero 18 de 2022 y la ley 2294 de mayo 19 de 2023, todo ello con el exclusivo propósito de facilitar su consulta.

Los anteriores temas, han sido desarrollados en razón a que el mundo está en constante avance y evolución y el Derecho no es ajeno a ese fenómeno, como se advirtió en la obra «Régimen de la contratación – un salto a la contratación líquida». El contenido así de la presente obra, no se limita a aspectos simplemente formales, si no que se realiza un análisis integral sobre el tema, el cual tengo la certeza será de gran utilidad para todo tipo de lectores, estudiantes, funcionarios, operadores disciplinarios, fiscales y judiciales, que intervienen directa o indirectamente en la actividad contractual.

Bogotá D.C., agosto de 2023.

INTRODUCCIÓN

«El desafío para los líderes es manejar la crisis mientras se construye el futuro»

Henry Alfred Kissinger

World Street Journal, 5 de abril de 2020

Durante gran parte de nuestra vida republicana, el Estado no implementó los mecanismos contractuales para conseguir sus fines. Hoy en día se hace realidad, a través del logro de los mismos fines estatales³ con la utilización de la contratación pública, como vemos a diario en las entidades estatales a lo largo y ancho de nuestra geografía.

El hecho de que en la fórmula de la relación contractual uno de sus participes como actor de la misma sea una entidad estatal, en nada cambia que su finalidad se concrete en un acuerdo de voluntades, y que por ello se les denominara en la teoría del acto administrativo como «actos de gestión», contrapuestos a los actos de gobierno, poder o mando. En este caso, siempre existió una preocupación por la escogencia de su cocontratante, esto es, el contratista del Estado, por conducto de normas de estirpe privatista; que de siempre y actualmente tiene una marcada y notable influencia⁴.

En ese cometido podemos revisar como antecedentes históricos de las estipulaciones exorbitantes al derecho común, el Código Fiscal de 1873 el cual reguló el instituto de la caducidad, como una forma atípica de poner fin al contrato de lo administrativo; en ese mismo contexto, la Ley 53 de 1909 reitera esta facultad y consagra algunas exigencias administrativas; la Ley 110 de 1912, más conocida como Código Fiscal Nacional, se refiere a la licitación o concurso como

3 Fin estatal, no necesariamente es el bien común, sino que también comprende fines sociales, industriales y/o comerciales

4 Art. 13 de la Ley 80, que dispone: «De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley».

procedimiento de selección de contratistas; la Ley 130 de 1913, nuestro primer Código Contencioso Administrativo, hace referencia a los actos de mero derecho privado de los contratos; la Ley 105 de 1931, entrega el conocimiento de las controversias contractuales a la jurisdicción ordinaria o común, y la Ley 167 de 1941, segundo código contencioso administrativo de Colombia, retoma los conceptos de cláusula de caducidad, de los contratos del Estado, otorgando la competencia de su juzgamiento a la jurisdicción contencioso administrativa, y deja en manos del juez ordinario el conocimiento de las demás controversias del contrato.

En la misma línea de lo anterior, en las décadas siguientes hasta 1975 se dictaron normas relacionadas con autorizaciones, aprobaciones y revisiones de tipo administrativo exigidas para los contratos administrativos, como las del Código de Minas y las normas que lo reformaron, relativas a trámites administrativos, para obtener, por medio de acuerdo, cláusulas o estipulaciones especiales para la explotación de recursos mineros nacionales, como la llamada «reversión», mediante la cual se previó que al finalizar un contrato de explotación de la riqueza nacional, los bienes y elementos puestos al servicio de la misma pasen a ser propiedad de la entidad estatal, como actualmente se conoce la tipología contractual de concesión.

En efecto, la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, nuevo estatuto contractual, referencia que:

No puede negarse que durante todo este tiempo y en la medida en que el campo de las actividades del Estado fue en crecimiento, se habló de la necesidad de una normatividad particular y especial para los contratos del Estado. Fue así como en la legislatura de 1934, primero, el senador por el Departamento del Atlántico, doctor Francisco Carbonell González, presentó un proyecto en tal sentido, acto que no alcanzó a convertirse en ley. Posteriormente, en 1937, el doctor Alberto Lleras Camargo, ministro de Gobierno para ese entonces, impulsó nuevamente un proyecto semejante que no logró convertirse en ley de la República.

Ya en la década del setenta, y como consecuencia del marcado intervencionismo impuesto en la reforma constitucional de 1968, fue mayor ese clamor de una legislación particular para los contratos del Estado, porque con la expedición del Decreto-ley 528 de 1964 se había entregado a la justicia contencioso-administrativa el conocimiento de las controversias surgidas de los contratos «administrativos» de las distintas entidades estatales y, porque al expedir los Decretos-ley 1050 y 3130 de 1968, el legislador había distinguido entre los contratos que celebraban la Nación y sus establecimientos públicos, y los que acordaban los otros entes; así mismo, desde ese entonces, se había anunciado un régimen diferente para unos y otros.

Este anhelo motivó la expedición de la Ley 2.^a de 1973, mediante la cual se otorgaron facultades extraordinarias al Gobierno para expedir un estatuto contractual en el ámbito nacional, cosa que a la postre no se produjo por haber expirado el término de las autorizaciones. Un año más tarde, el Congreso dictó la Ley 28 de 1974, y en ella se volvieron a otorgar facultades extraordinarias para expedir la ley de los contratos del Estado. En esta ocasión, por medio del Decreto-ley 1670 de 1975, el Gobierno hizo uso de la facultad otorgada, y expidió el estatuto esperado. Debe anotarse que este nuevo ordenamiento, cuyo ámbito de aplicación fue en el orden nacional, y no abarcó todos los campos de la contratación, por lo que continuaron rigiendo las disposiciones de los códigos Civil y de Comercio para muchos aspectos de los contratos del Estado.

En 1976, y con base en las mismas facultades, el Gobierno, en virtud de algunas críticas y reparos que se habían hecho al Decreto-ley 1670, expidió el Decreto-ley 150, conocido como el estatuto contractual de los entes públicos nacionales. Y como se había presentado un cambio en la mentalidad jurídica del país, se creía que la figura del contrato del Estado debía gobernarse según los

estrictos moldes del derecho público, y que era necesario desterrar los postulados de la autonomía de la voluntad y del contrato, acto generador de leyes particulares, al poco tiempo de vigencia del estatuto empezaron a formularse diversas críticas en torno a sus limitaciones normativas y deficiencias.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe decirse que el estatuto de 1976 había caído en la trampa de llevar a la ley aquello que debió estar siempre en las meras reglas y prácticas cambiantes de administración, y por ello bien pronto se tornó desueto y conflictivo. Ante esa situación, en el año de 1982 el legislador otorgó, nuevamente, facultades extraordinarias al Gobierno para expedir un estatuto con un mayor campo de aplicación. Fue así como en febrero de 1983 se dictó el Decreto-ley 222, «por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas». Sin embargo, a pesar de lo expresado y de los correctivos dados por la ley de 1983, no se logró el propósito, y a los pocos días de la expedición del decreto, ya vencidas las autorizaciones extraordinarias, se pusieron de relieve las críticas y los reparos.

Tales glosas llevaron al Gobierno, a sus colaboradores jurídicos y a los particulares, al estudio de las modificaciones del Decreto-ley 222 y a presentar al Congreso, en diferentes legislaturas, varios proyectos que no han logrado convertirse en leyes de la República. Es de anotar que los estudios y anteproyectos elaborados no pretendieron abandonar la filosofía de los estatutos de 1975, 1976 y 1983, sino ajustar algunas de sus instituciones.

Debe igualmente destacarse que si bien para los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas se había acudido a ordenamientos como los mencionados, para los de los departamentos y municipios se había admitido que por lo menos en lo relacionado con su formación y adjudicación debían gobernarse por actos administrativos relativamente flexibles.

Con miras a esta realidad, la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, condujo como conclusión que existía un consenso general sobre la necesidad de introducir importantes modificaciones al decreto-ley 222 de 1983, que regulaba la contratación de las entidades públicas, pues entre otras estábamos en los albores de una nueva norma constitucional, que modificó postulados y principios, por tanto se requería de un estatuto contractual acorde con estos principios que se adecuara a un nuevo estado social y democrático de derecho, que no solo refleje el tradicional principio de legalidad, se requería entonces una normativa más dinámica, que refleje los nuevos paradigmas de la sociedad que por esencia son cambiantes, en otras palabras estamos ante necesidades que requieren ser permanentemente ajustables.

El estatuto de contratación pública ^{ECA}, esto es la Ley 80 de 1993, las leyes que la adicionan y modifican, así como todos los decretos que la reglamentan, tiene un doble propósito, uno que deviene de su lógica acepción, esto es el hacer parte de todo el compendio de la contratación pública, o en otras palabras del estado del arte del estatuto general de la contratación pública en Colombia, con el fin de lograr el cometido de los fines del estado⁵, el bien común y el interés general, a través de obras, bienes y servicios; y cómo segundo propósito el combatir el flagelo de la corrupción, definida como **«el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado»**⁶.

Esta particular situación, en los últimos años ha permeado diferentes órdenes y niveles dentro de la estructura del Estado Colombiano. Concepto, recogido y definido en el Documento Conpes 167 de noviembre 9 de 2003, donde señala que la corrupción también puede entenderse como un «fenómeno cíclico que se autoreforza y en donde sus causas y consecuencias se alimentan mutuamente. Factores como la desigualdad social, los inadecuados diseños institucionales, los incentivos perversos para el oportunismo, la impunidad frente a las

5 Fin estatal, no necesariamente es el bien común, sino que también comprende fines sociales, industriales y/o comerciales

6 Esta definición de trabajo fue elaborada por el equipo técnico del PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO por sus siglas “Pnud”, y se basa en la definición propuesta por el Pnud a nivel global y en la revisión de literatura adelantado dentro del proceso de diagnóstico la Política Pública Integral Anticorrupción.

prácticas corruptas, y la aceptación social de la corrupción son, en diferentes momentos, simultáneamente causas y consecuencias del fenómeno».

Ahora bien, sin lugar a dudas de las dos actividades básicas del Estado, que buscan el cumplimiento y la consecución del bien común y el interés general, son los gastos de funcionamiento y por otro lado la inversión. Esta última es la que en mayor medida demanda recursos por parte del Estado, y la misma [inversiones] se materializa con la contratación, cuyos objetos concretos son la obra pública, los servicios y bienes, centrándose en la contratación de obra pública y la contratación directa, como modalidad de selección mayormente utilizados.

Siempre he sostenido que dichas normas públicas contractuales contienen una carga muy alta de normas de procedimiento, más que normas sustanciales, las cuales por remisión expresa del artículo 13 de la ley 80 de 1993, se encuentran en el derecho común, esto es las normas comerciales y civiles. Es así que las primeras [normas adjetivas] se encuentran contenidas en el estatuto general de contratación pública o ^ECAP que contienen los procesos contractuales y criterios de selección de contratistas, en aplicación de los principios en ella establecidos; y, que buscan la abolición de viejas prácticas lesivas a los principios de la función pública y la contratación estatal, con el fin de evitar conductas inmorales, indecorosas y no en pocas ocasiones ilegales en los procesos de selección de los contratistas del Estado.

Este es el propósito de la presente obra, que hoy se pone a consideraciones no solo de la comunidad académica del país, sino de los servidores públicos, ingenieros, contratistas y del público en general, que en alguna medida le pueda interesar estos apasionantes pero espinosos y conflictivo tema del ejercicio de potestades unilaterales en la contratación estatal.