

**LA INDEBIDA CONCEPCION DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL EN
COLOMBIA**

Un Artículo Presentado
Para Obtener
El Título
Especialista en Contratación Estatal
Universidad Santo Tomas De Aquino, Tunja

Alejandro Niño Molina.
Mayo 2015.

Copyright © 2015 por Alejandro Niño Molina. Todos los derechos reservados.



**LA INDEBIDA CONCEPCION DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL EN
COLOMBIA**

**PRESENTADO POR:
YONNI ALEJANDRO NIÑO MOLINA**

**PRESENTADO A:
DOCTOR: DANIEL BERNAL**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS TUNJA
ESPECIALIZACION EN CONTRATACION ESTATAL (II SEMESTRE)
TUNJA – BOYACA
2014**



TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	5
ABSTRAC	6
PREFACIO	7
TITULO	8
EL PROBLEMA	9
FORMULACION DEL PROBLEMA	9
OBJETIVOS	10
OBJETIVO GENERAL	10
OBJETIVOS ESPECIFICOS	10
HIPOTESIS	11
MARCO METODOLOGICO	12
NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	12
DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	12
MARCO TEORICO	13
PROBLEMAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA	13
FALTA DE PLANEACIÓN Y SU VÍNCULO CON LA CORRUPCIÓN.....	14
¿CUÁL ES LA GÉNESIS DE ESTE PROBLEMA?.....	14
¿POR QUÉ ESTE TIPO DE COMPORTAMIENTOS AFECTA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA?	15
¿LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA JUEGA UN PAPEL IMPORTANTE A LA HORA DE INCREMENTAR ESTE TIPO DE OPORTUNISMO?	16
¿INFLUENCIA DE LOS TIPOS DE CONTRATOS ESTATALES Y LA CORRUPCION?.....	17
PARTES DEL CONTRATO:.....	17
OBJETO DEL CONTRATO.....	18
CLÁUSULAS DEL CONTRATO	18
CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ESTATAL	18
CONTRATO BILATERAL	18
CONTRATO ONEROSO	18
CONTRATO CONMUTATIVO.....	19
CONTRATO SOLEMNE	19
TIPOS DE CONTRATO	19



1o. Contrato de Obra	19
2o. Contrato de consultoría.....	20
3o. Contrato de prestación de servicios	20
4o. Contrato de concesión	20
5o. Encargos fiduciarios y fiducia pública.	20
ACTIVIDAD CONTRACTUAL EN COLOMBIA	21
MODALIDAD DE PAGO	22
RESPONSABILIDAD ESTATAL FRENTE A LOS PROCESOS JUDICIALES	23
BIBLIOGRAFÍA	25



RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito esencial el discernimiento oportuno de los yerros y falencias que comenten las entidades estatales al momento de dar aplicación a la normatividad contractual Colombiana, todo esto bajo el análisis crítico proveniente de información proporcionada por la “Procuraduría General de la Nación en sus reportes de Índices de Gobierno Abierto (IGA)” (Procuraduría General de la Nación). Además de evidenciar como la continua modificación legislativa causa de una profunda ruptura entre los vacíos normativos que en un principio deberían ser reglados por la ley 80 del 93 pero que terminan siendo complementados por Decretos y providencias Jurisprudenciales, demostrando así que varios factores que en un principio se creerían esenciales aun hoy no lo son.

La conspiración argumentativa que encabezan muchas de las doctrinas que versan sobre los yerros en las entidades territoriales basan su contenido en la puja de dos factores preponderantes, el primero es la estructura de los lineamientos legales que actualmente son adoptados por dichas entidades como sugerencias mas no como lineamientos expresos e inequívocos, el segundo problema radica en el condicional lógico el cual supone que al no producirse el análisis de este lineamiento no existirá un adecuado procedimiento contractual, en contexto se estaría compensando un error con otro más gravoso, actualmente se propone dar más relevancia y preeminencia al objeto de fondo (contratar) que a las máximas que deberían preponderar en el ejercicio subsecuente tales como: El manejo adecuado del presupuesto, la selección adecuada del contratista o el cumplimiento cabal del plazo de ejecución. Tesis que dejan de lado los análisis que deberían acercarse más a una planeación adecuada y estructural que garantizara la protección de las entidades estatales, y la prevendría de la comisión de yerros y controversias contractuales.

En consecuencia este documento hace referencia a los diversos postulados que atañen la actividad colombiana frente a las más aberrantes prácticas modernas que agobian la órbita contractual, como la corrupción, entre otras prácticas que se están consagrando como consuetudinarias en Colombia.

Palabras clave: Contratación, Mecanismos, Protección, Corrupción, Actualización.



ABSTRAC

This article has the essential purpose proper discernment of the errors and failures to comment when state agencies to implement by the Colombian contractual regulations, all under the critical analysis from information provided by the Attorney General's Office in its Indices Government reports Open (IGA). Also showing as the ongoing legislative amendment because of a deep rift between the regulatory gaps that initially should be regulated by law 80 of 93 but they end up being complemented by decrees and orders Jurisprudence, showing that several factors that initially is essential even they believe they are not today.

The argumentative conspiracy that lead many of the doctrines that deal with the errors in the territorial entities base their content on the auction of two overriding factors, the first is the structure of the legal guidelines that are currently adopted by such entities as suggestions but not as express and unambiguous guidelines, the second problem is the conditional logic which assumes that the analysis of this guideline did not occur does not exist a proper contractual process in context would be compensating for a more grievous error, now it intends to give more relevance and prominence to the background object (contract) that Maximes should outweigh the subsequent exercise such as: Proper management of the budget, proper selection of the contractor or the proper performance of the contract period. Thesis that ignore the analysis should be closer to adequate and structural planning to ensure the protection of state institutions, and prevent the commission of errors and contract disputes.

Consequently this document refers to various assumptions regarding the Colombian activity against the most egregious practices that plague modern contractual orbit, such as corruption, among other practices that are devoting as customary in Colombia.

Keywords: Recruitment, Mechanisms, Protection, Corruption Update



PREFACIO

Al momento de la configuración de este artículo me encontraba en un debate mental sobre el enfoque que debía tomar mi crítica y mi posición como futuro especialista, debería cambiar, cual es la dirección a seguir, por un momento quise direccionar mi posición a otro tema, sin embargo en el proceso de la recolección de información previa observe de manera clara que aunque la corrupción es un fenómeno detonante del fracaso contractual no es la única falencia dentro del conglomerado de actuaciones tendientes a realizar el fin único del estado.

En las incesantes búsquedas encontré por fin el norte que buscaba mi investigación, en la infinidad de aportes que la Contraloría General de la Republica el pronunciamiento fue claro “ la contratación estatal en Colombia está concentrada en 60 contratistas varios de ellos entidades públicas que a través de la contratación directa ejecutan \$14 billones de pesos de presupuesto nacional..” (Contraloría, s.f.).

Conclusión a la que se llegó luego de analizar los recursos de las entidades del sector central y de la respectiva revisión de sus procesos contractuales, es decir que la contratación estatal está concentrando sus procesos en una minoría de contratistas vulnerando así los principios de transparencia y publicidad, además agrego que estos 60 contratistas ejecutan el 42% del presupuesto nacional fue en ese momento cuando discerní el enfoque que debía dar a mi trabajo.

Si bien es cierto a pocas luces el señalamiento de la Contraloría sobrepone una práctica encausada a la corrupción que por estos días se ha vuelto consuetudinaria en temas contractuales, también es preocupante observar que los mecanismos de control y vigilancia sean advertidos del hecho mucho tiempo después de la comisión de las conductas y no antes como debería ser. Es acaso que la conspiración se efectuare para favorecer a los contratistas y sus vínculos con los funcionarios públicos encargados de la perfección del nexo contractual o es acaso que el sistema propende estas fallas debido a sus vacíos normativos y a la ineficacia en su protección. Por ende realice este estudio para dar respuesta a mi duda y determinar cuál es la causa de este problema que agobia a la contratación en Colombia.



TITULO

- La indebida concepción de la actividad contractual en Colombia.



EL PROBLEMA

FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Está siendo debidamente aplicada la normatividad contractual en Colombia o se están desamparando los preceptos constitucionales, jurisprudenciales y legales por parte de las entidades estatales?



OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar el cumplimiento de las garantías constitucionales, jurisprudenciales y doctrinales en la contratación Colombiana, además de dar análisis concreto a la problemática actual que agobia a la contratación.

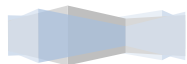
OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Establecer las deficiencias que se presentan en la contratación estatal frente a la normatividad.
- Analizar las consecuencias de estas falencias estructurales frente a la actividad contractual de los entes territoriales
- Estructurar las falencias en mención.
- Aportar medidas para facilitar la adecuada participación de los entes estatales en los procesos contractuales



HIPOTESIS

En Colombia en los últimos 23 años se está atravesando por un periodo de transición legislativa en materia contractual los yerros y falencias están debilitando cada vez más la ya tan inadecuada ley 80 de 1993, la falta de planeación al momento de su promulgación dejó en observancia que muchos de los cimientos no fueron del todo sólidos, la inoperancia de mecanismos útiles y eficaces en su protección evidencian cada día más su permeabilidad al fenómeno de la corrupción, a todo esto hay que añadir que el desgaste jurisdiccional no es más que el reflejo de la imprudencia de los entes territoriales en el ejercicio de los procesos contractuales.



MARCO METODOLOGICO

NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La investigación que se aplicara para este proyecto es conocida como investigación exploratoria, y es usada para resolver un problema que no ha tenido claridad. Este tipo de metodología de investigación exploratoria expone las bases de datos y demás información conexas útiles para un excelente planteamiento final del tema a desarrollar.

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Este proyecto de grado será una investigación documental que revelara un análisis referente a la indebida aplicación de la normatividad por parte de los entes territoriales, para ello se recaudaran diferentes referentes bibliográficos ajustables para la materia contenidos en la ley, los decretos, los códigos y demás lineamientos jurídicos.



MARCO TEORICO

PROBLEMAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA

Partiendo de una línea lógica se debe hacer un análisis sobre el cual se producen las fallas y los yerros en la contratación estatal, podríamos iniciar concluyendo que la característica fundamental es la falta de planeación en los estudios previos del contrato y los estudios de pre factibilidad, como en cualquier proceso si se falla en la conformación de las bases del mismo es lógico suponer que todo el procedimiento estará viciado o inducido al error.

Esta etapa de planeación hace referencia a la gestión del ente territorial, en la prima fase del nexo contractual mediante el desarrollo de los estudios previos, como consecuencia de un análisis que revele, la concepción de diseños y demás gestiones que permitan definir con certeza los diversos escenarios del contrato que se pretende celebrar y de esta manera conduzca a la debida selección del proceso pertinente, este proceso debe atender la celeridad, la mayor calidad y el mejor precio posible. Este desarrollo de los estudios previos en su análisis, diseños previos y demás gestiones permiten definir la necesidad específica así como los mecanismos operantes en la solución de controversias contractuales que se llegaren a presentar, predecir la ruta de seguimiento del contrato estatal desde sus bases.

El lineamiento constitucional que atañe en este precepto es el artículo 209 de la Constitución Política Colombiana a su tenor literal expresa:

“ARTICULO 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”* (Constitucion Política de Colombia, 1991).

Como se vislumbra en el aparte subrayado, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado, en materia contractual en tenderíamos que esta coordinación partiría de los estudios previos, los cuales deben atender a un análisis previo de los documentos y trámites que se presuponen adelantar por parte de las entidades públicas antes del proceso contractual, bajo cualquiera de las modalidades que señala la ley o el manual interno que se aplique si así lo amerita. Es allí donde se presentan los yerros, las entidades estatales en su afán por cumplir con las vigencias fiscales o en el desconocimiento pleno de este procedimiento se embarcan en un continuo mar de reformas, adendas y modificaciones de un pliego que de haber sido planeado desde un principio daría paso a la eficacia y eficiencia pertinente, basta con observar los procesos contractuales en los cuales se ven incursos los entes estatales debido a este fenómeno que cada día es más frecuente.

FALTA DE PLANEACIÓN Y SU VÍNCULO CON LA CORRUPCIÓN

Examinemos el entorno actual Colombiano frente los problemas de corrupción, la “Contraloría argumenta que cerca de 32 billones de pesos del presupuesto estatal, equivalentes a un 16,68 por ciento del producto interno bruto es ejecutado mediante contratos públicos que tienen por objeto el suministro de bienes, prestación de servicios o construcción de obras” (Contraloría, s.f.).

El punto de quiebre es el mecanismo contractual que los entes territoriales aplican para este, ya que se efectúan bajo las figuras excepcionales de contratación, como son las declaratorias de urgencia manifiesta, evidencia clara de la corrupción que azota al presupuesto territorial desvirtuando así la participación abierta de los contratistas, se demuestra también así una gran cantidad de fallas en los procesos contractuales que se originan, en algunos casos, por deficiencias en el régimen legal respectivo, la contratación directa, es considerada la regla general contractual violando así la igualdad de oportunidades que deben caracterizar los actos administrativos de este tipo, que se materializan a través de licitaciones y concursos públicos abiertos.

Una realidad teñida de impunidad es el conocimiento de que estas malas prácticas son más comunes de lo normal hasta el punto de tomar a las licitaciones públicas, como excepción a la regla, basémonos entonces en la anterior premisa para dar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿CUÁL ES LA GÉNESIS DE ESTE PROBLEMA?

A pesar de que los lineamientos normativos integrados en la ley 80 de 1993 son la piedra angular no fueron del todo precisos y concretos necesitaron de decretos reglamentarios y complementarios como la ley 1150 de 2007 o el decreto 1510 de 2013, eso sin tener en cuenta a los preceptos jurisprudenciales que han aclarado varios de los vacíos normativos aunque han tenido posiciones contrariadas sobre unos cuantos más, ahora bien siguiendo esta tesis y teniendo en claro que al no existir una legislación única que verdaderamente enmarque de manera integral la contratación estatal sin vacíos ni lagunas, sería lógico suponer que la contratación de suministros o la concerniente a infraestructura, poco eficaz y poco eficiente.

Por ende, las falencias son recurrentes en la contratación estatal Colombiana por los factores que atienden a la indebida aplicación de la norma por parte de los funcionarios estatales, ejemplo claro de ello son los casos recurrentes que los medios de comunicación vislumbran sobre los escándalos contractuales o carruseles de la contratación evidenciando que no son casos particulares sino que son la generalidad en Colombia.



Los funcionarios estatales no aplican la norma, se basan en los compromisos o en el porcentaje de ganancia para establecer el contrato, observemos el porcentaje de la mayoría de las obras de infraestructura de las principales ciudades en Colombia y del porque la gran mayoría de ellas no terminan en la culminación del objeto contractual si no en los tribunales, siendo objeto de debates jurídicos, o en los tribunales de arbitramento desgastando el aparato jurisdiccional sin contemplar el costo que estos procesos contra los entes territoriales produce, “solo en el sector infraestructura el ultimo año 2014 acaeció a un valor de 850.000 billones de pesos, por obras de 5 generación, indebida planeación” (Ministerio de Hacienda, 2014), evidencia clara que causan déficit presupuestal y más erogaciones de las necesarias inicialmente.

Al puntualizar la génesis del problema centramos la conclusión en 2 factores, el primero que debe analizar el comportamiento del funcionario frente a la norma y su aplicación concreta, y el segundo es el resultado de esta indebida planeación y sus consecuencias legales y presupuestales.

¿POR QUÉ ESTE TIPO DE COMPORTAMIENTOS AFECTA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA?

Al respecto de esta interrogante y en consecuencia con el planteamiento que con anterioridad nos vislumbrábamos, observamos que el funcionario público falla en el cumplimiento de sus labores administrativas por negligencia y desapego a su entidad el problema específico se basa en que las labores administrativas deben ser realizadas con el arraigo propio de quien se apodera de sus funciones, el concepto es que él (el ordenador del gasto) no es el propietario de su entidad, sino que la labor de administración es delegada a un tercero.

Ese tercero en cuya espalda se ciñe el compromiso y la responsabilidad lo toma como una función dictatorial, secuencial y que para él no genera más que un trámite administrativo en el cual no va a invertir mayor cantidad de tiempo que el que se genere por el diligenciamiento de los formatos y minutas que para el caso se apliquen, en este caso, la labor de administración se vuelve menos precisa y si más propensa a yerros, fracasando de manera rotunda en los preceptos contractuales de planeación y eficacia entre muchos más. La razón de esto es que los funcionarios públicos no son más que administradores que deben rendir cuentas a los verdaderos dueños del capital (el ordenador del gasto), y no, a los contribuyentes (o por lo menos así deberían ser las cosas).

Esto con la anuencia de los favores y ofrecimientos por parte de los contratistas a los funcionarios para la adjudicación de contratos, anuencia que refleja corrupción definido como “*el continuo abuso de posiciones de poder, para beneficio particular en detrimento del interés colectivo, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones administrativas o contractuales*” (Plan anticorrupción y de atención al ciudadano, 2014). Descifremos esta problemática como la expectativa por parte de los funcionarios públicos llámense ordenadores del gasto, o funcionarios con actividades específicas como los

asignados a las respectivas oficinas de contratación, de recibir una comisión o porcentaje de parte de los contratistas por la ejecución de un fin estatal cuyo único objetivo sería el bienestar comunal.

Se da entonces una variable matemática, en la cual la dádiva esperada por parte del funcionario público influye en el aumento del valor sobre el cual se pretende suscribir el contrato ya que la ecuación debe beneficiar a tantas partes como las que interfieran en el proceso contractual. Ahora bien si este valor fluctuante se modifica según el tipo de contrato o la modalidad de selección es de advertir que de igual manera ese valor influye directamente en los compromisos previos con los contratistas, el resultado es que se puede llegar a contar con un muy limitado número de contratistas dentro de cada circunscripción territorial según se hable, en otras palabras se niega la oportunidad a distintos oferentes para participar en las licitaciones u otras modalidades contractuales, imparcialidad que degenera la actividad contractual a tal punto que los bienes y suministros adquiridos no son siempre de la mejor calidad.

¿LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA JUEGA UN PAPEL IMPORTANTE A LA HORA DE INCREMENTAR ESTE TIPO DE OPORTUNISMO?

En un país como Colombia donde se afrontan a diario niveles muy altos de impunidad, donde el promedio de vigencia de una ley es relevantemente corto debido a modificaciones posteriores, donde los procedimientos jurisdiccionales no cuentan con una vigilancia oportuna o un control estricto entre otras muchas fallas, sería oportuno aludir que las condiciones idóneas para el fenómeno de la corrupción es más que favorable.

Sin embargo otras características relevantes que confluyen en que los problemas de corrupción se analizan bajo el supuesto que en una economía como la nuestra que presenta tantas fluctuaciones que por lo general benefician a unos pocos y discriminan a la población en general y que por ende crea el incentivo perfecto para ser corrupto, es decir, cuándo existen incentivos que hacen aumentar la utilidad de ser corrupto la probabilidad de serlo aumenta exponencialmente.

Se podría abogar por el incremento salarial de los funcionarios públicos aunque a mi parecer, no es una solución en realidad. Sería como si al aumentar los salarios de los funcionarios públicos por cumplir con su trabajo aumentara la utilidad esperada por ser honesto, como la probabilidad de ser descubierto se mantuvo constante, esta medida lo que ocasionaría es que aumente el valor de los sobornos para así recompensar la posible pérdida del salario al ser descubierto.

A este fenómeno debemos conjugar la laxitud del lineamiento normativo frente a las conductas de corrupción en Colombia, la solución que podríamos tener en realidad más efectiva sería aumentar los organismos de control que tienen los administradores, esto con el fin de aumentar la probabilidad de ser descubierto. De esta manera la utilidad esperada de ser corrupto disminuye debido al mayor peso que toma la ecuación de ser sancionado por la falta

cometida. Se podría reponer a la anterior afirmación con el aumento del costoso, por lo cual necesitaría un financiamiento aún mayor erogando mayor presupuesto por protección estatal.

El estado colombiano debería por el contrario aumentar el monto y rigor de las sanciones o multas, todo esto con el fin de que éstas mismas financien los nuevos mecanismos de control. Con ello se llevaría al fenómeno de la corrupción en un declive al disminuir la utilidad esperada por la corrupción, con lo cual se esperaría un incremento mayor en la función de utilidad de no ser corrupto.

¿INFLUENCIA DE LOS TIPOS DE CONTRATOS ESTATALES Y LA CORRUPCIÓN?

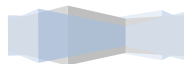
Prima fase habría que definir que es un contrato estatal, a lo cual (Código Civil Colombiano,, 2013)El Art. 1495 del Código Civil colombiano, “define al Contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Cada parte puede ser de una o de muchas personas. Los contratos estatales son los actos jurídicos realizados entre una Entidad Estatal y un particular, generadores de obligaciones que celebran las entidades a que se refiere el estatuto, previstos en el derecho privado, o que resultan de la aplicación de la autonomía de voluntades, como lo define la Ley 80 de 1993.

De esta manera podemos definir que las entidades estatales, mediante actos jurídicos establecen una relación contractual con los particulares o con otras entidades estatales cuyo final único es el cumplimiento de los fines del estado. Es importante resaltar que los contratos estatales en Colombia están encuadrados por un régimen jurídico mixto, que está conformado por las disposiciones del derecho civil y comercial, y las normas especiales de derecho público, contenidas en el llamado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que actualmente es la Ley 80 de 1993, modificada por la ley 1150 de 2007, por medio de la cual se han introducido medidas para la eficiencia y la transparencia y se dictaron otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

Para lograr una clara identificación del Contrato Estatal se deben considerar varios elementos:

PARTES DEL CONTRATO:

Para que un contrato sea Estatal, se requiere que al menos una de las partes sea una persona pública, de manera que un contrato celebrado entre dos particulares o personas jurídicas de derecho privado no puede ser un contrato estatal.



OBJETO DEL CONTRATO

Los contratos estatales son administrativos cuando tienen por objeto la ejecución de un servicio público o que su objeto implique la participación directa del contratista en la ejecución misma del servicio público.

CLÁUSULAS DEL CONTRATO

Un contrato estatal es administrativo cuando contiene una o más cláusulas exorbitantes. Cláusulas exorbitantes son aquellas que son extrañas a los contratos entre particulares.

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ESTATAL

CONTRATO BILATERAL

Según el artículo 1496 del código civil, un contrato es bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

La característica fundamental de esta es que las obligaciones resultantes de los contratos bilaterales están ligadas entre sí por un vínculo de interdependencia. En consecuencia, si una de las partes deja de cumplir las de su cargo, la otra parte queda exonerada de las suyas, o si ya las ha cumplido, tiene derecho a la restitución

CONTRATO ONEROSO

Cuando tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (Art. 1497 del CC).

Es aquí donde se enmarca la tesis de la corrupción antes expuesta, la característica de onerosidad del contrato y la explicitud sobre los valores pecuniarios o las expectativas de estas en las partes genera la conducta de corrupción, se podría especular que a mayor costo del contrato mayor sería la comisión o la expectativa pecuniaria tanto para el contratista como para el funcionario público.



CONTRATO CONMUTATIVO

Cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (Art. 1498 del CC)

Al no existir un control previo por parte de la entidad pública y frente a la conducta de corrupción sería claro exponer la tesis que los productos adquiridos frente a un contrato de suministro no sería de la mejor calidad o que la obra a realizar no contase con los estudios específicos o los materiales aptos para la construcción que producirían desgaste del aparato jurisdiccional al resolver esta controversia contractual.

CONTRATO SOLEMNE

Cuando está sujeto a ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (Art. 1500 CC).

El acto administrativo sobre el cual se cimienta el haber contractual y el objeto material aplicable a las responsabilidades y compromisos adquiridos por las partes que construyen el contrato además de ser el objeto de discrepancia en materia judicial entre los actores.

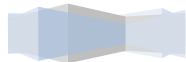
TIPOS DE CONTRATO

El régimen contractual colombiano establece una serie de contratos que facilitan la actividad contractual entre el ente territorial y los particulares. Los tipos de contratos que pueden celebrar las entidades públicas de acuerdo con el estatuto contractual estarían regidos por dos vértices, el primero que se basa en el acuerdo con los principios y directrices impartidos en ese cuerpo normativo como lo son los contratos expresamente definidos por el artículo 32 de la ley 80 de 1993 a saber:

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” (Senado de la Republica de Colombia/ley 80del93, 1993).

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.



2o. Contrato de consultoría

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

4o. Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

5o. Encargos fiduciarios y fiducia pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta Ley. (Senado de la Republica de Colombia/ley 80del93, 1993)

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos

que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

ACTIVIDAD CONTRACTUAL EN COLOMBIA

Para el estudio de este artículo se realizó una gráfica en la cual se revela la actividad contractual en Colombia en el cual se tuvo en cuenta los informes de la Contraloría General de la Republica para el año 2014. (Contraloría, s.f.)



Como se ve en el [gráfico 1](#), entre los contratos estudiados predominan los servicios, pero están representados todos los tipos de contratos, lo que promete una buena variabilidad de los datos.

Como resulta lógico analizar la mayor parte de la contratación estatal se dirige a la prestación de servicios del personal cualificado para el cumplimiento de los fines propios de la entidad, en la parte administrativa, asistencial, técnica o de apoyo a la gestión. La incógnita sería si estos funcionarios cumplirían o no los estándares mínimos requeridos para el desempeño de la función contratada o si existió por parte del ordenador del gasto un direccionamiento al contrato de personas específicas por dar cumplimiento a compromisos u favores previamente convenidos, generando desde ese momento corrupción contractual.

En segundo lugar tenemos los contratos obra con un 24% de la totalidad de la actividad contractual de los entes territoriales, aunque ocupa el segundo lugar en cuanto a actividad contractual es muy importante resaltar que es esta la principal fuente de problemas jurídicos para las autoridades estatales, muchos de estos contratos de obras terminan en los estrados judiciales mas no en la realidad fáctica de su objeto inicial, basta con recurrir a los

antecedentes que obras como el adecuamiento de la vía de la 26 en pleno centro de Bogotá, donde quedó al descubierto el carrusel de la contratación que azotaba el heraldo público hace unos años y de cómo este fenómeno embargaba muchas otras regiones de nuestro país.

Es por ello que en lo que respecta a los contratos de obra se han disuelto varias de las más famosas controversias que nada tienen que ver al trasfondo del asunto plenamente estructural de las obras en mención o de sus cimientos o sus requerimientos técnicos si no a su tinte meramente circunstancial y pecuniario alborotando las más ínfimas telas de los ordenadores del gasto que para el momento llevasen las riendas de la entidad.

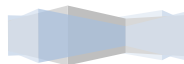
En un tercer lugar encontramos a los contratos de suministro con una 12% valor que no refleja para nada la importancia que este tipo de contratos genera en el funcionamiento adecuado de los entes territoriales, insumos de características técnicas uniformes que son de continuo uso, tales como la papelería son contratados por los mismos contratistas que ofrecen la menor calidad posible en sus productos con el fin de aumentar su ganancia. Es allí donde el acuerdo marco de precios propuesto por el Gobierno Nacional ha dado los primeros pasos en intentar regular un poco esta materia, sería bueno observar que además de estas primeras gestiones garantizaran la pluralidad para el suministro de los mismos.

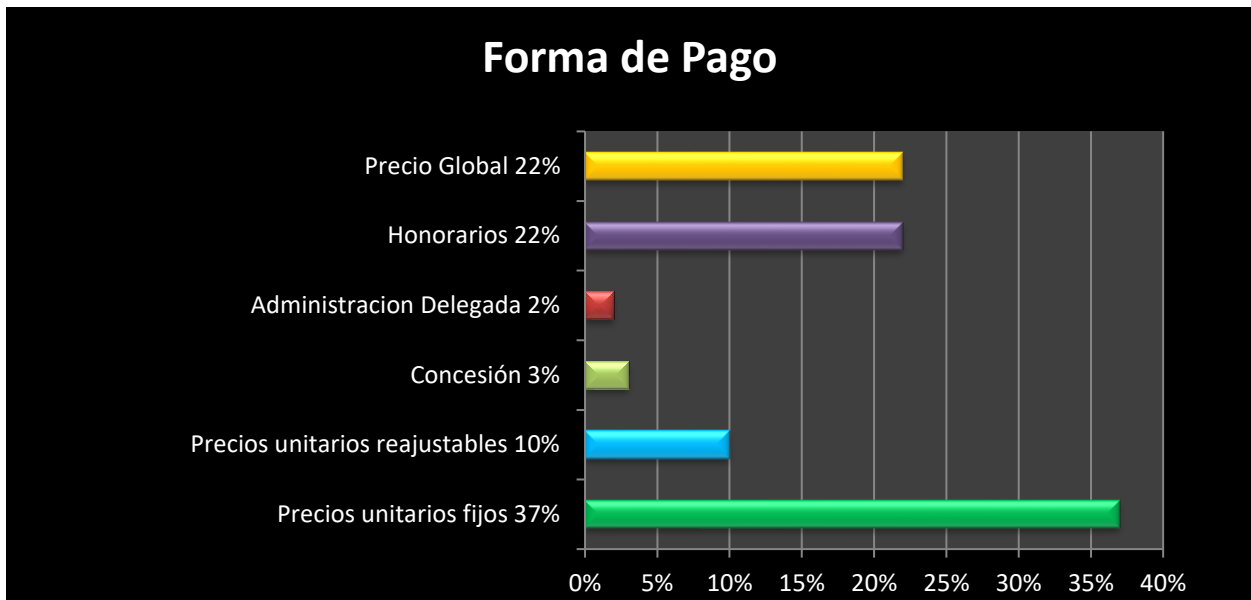
Los demás contratos como las consultorías, arrendamiento y concesión, a pesar de que nos muy continuos son de vital importancia en el desarrollo de los planes de la entidad estatal ya que tocan fibras tan sensibles como el acompañamiento de los planes institucionales, el apoyo a la distintos programas o el experticio de los conocimientos profesionales.

MODALIDAD DE PAGO

El sistema de la contratación colombiano ofrece una serie de vacíos normativos de indefinición económica y jurídica como protección al principio del equilibrio económico. Este principio es una garantía que busca que los contratistas no se vean afectados en su patrimonio frente a los conflictos y demás circunstancias que se puedan presentar frente al cumplimiento del contrato estatal. Esta serie de garantías ejerce un efecto adverso sobre los contratistas al darle laxitud sobre la eficiencia que debe tener en el cumplimiento de sus responsabilidades.

Despojados del incentivo primordial sobre el cual la austeridad debe ser su mayor premisa, los contratistas están tentados a ser oportunistas y a ser más proclives a la corrupción. Tendencia que colisiona con el deseo del Estado de optimizar el uso de los recursos para garantizar la eficiencia y su eficacia frente al cumplimiento de sus necesidades y cuyo resultado es el conflicto.





Como se ve en el [gráfico 2](#), el Estado Colombiano recurre a una escala variada de las modalidades de pago, que pueden variar según el objeto del contrato. (Contraloría, s.f.)

Predominan dos modalidades de pago: el precio global y el precio unitario fijo. Se ve que los ordenadores del gasto están conscientes del oportunismo y de su posible entrada en la variable contractual al obtener una comisión pecuniaria del mismo de parte los contratistas y tratan de no introducir en los contratos los incentivos a la eficiencia.

La continuidad en el robo de recursos económicos estatales, contratos mediante cualquiera de la modalidades y tipos de contrato que se vean afectados por circunstancias anómalas tales como, aquellos contratos a personas no calificadas, obras contratadas y jamás culminadas, nepotismo, gastos jamás justificados por el ente territorial o detrimento de los mismos, obras de infraestructura que terminen siendo los tan mencionados elefantes blancos, sin duda terminaran pero de engrosar las cuentas bancarias de maleantes enganchados a políticos.

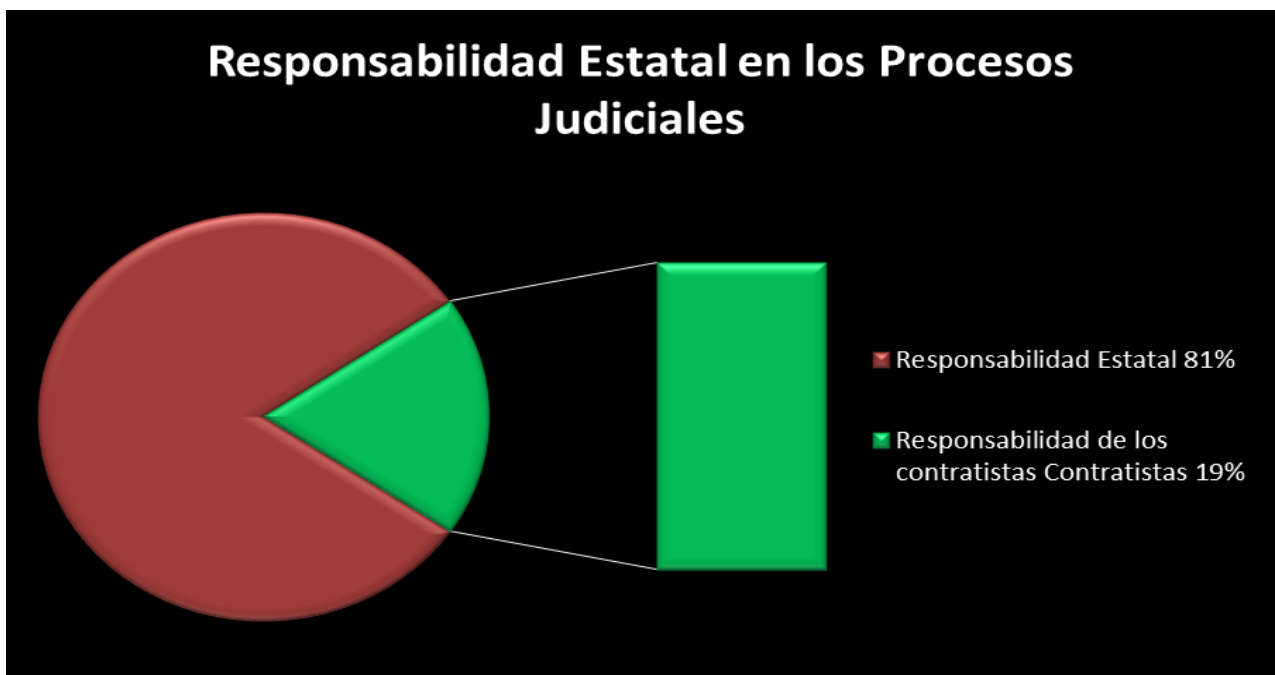
RESPONSABILIDAD ESTATAL FRENTE A LOS PROCESOS JUDICIALES

Cuando el contrato es perfecto, la contratación por ende es transparente y sencilla, y es posible asignar las verdaderas responsabilidades inherentes al mismo. Pero desafortunadamente el contrato que predomina en la contratación pública colombiana no es ni un ápice perfecto, es incompleto a toda luz.

El perfeccionamiento de un contrato incompleto se dificulta porque ni las contingencias ni las responsabilidades de las partes están descritas en el contrato. Los funcionarios Estatales y los contratistas cuando se exteriorizan las contingencias deben renegociar el contrato inicial

e introducir las modificaciones necesarias para ajustarlo a las nuevas circunstancias. Según los análisis de la Contraloría los factores preponderantes están dados para que la propia administración falle, se basan en las contingencias propias de la indebida planeación y de la falta de interés de las partes en buscar salidas conexas como la renegociación de los yerros pactados, dejándolos someramente expuestos a la dependencia de la relación entre los funcionarios y los contratistas o del nivel del oportunismo o corrupción y la preocupación de los contratistas por su reputación, del ambiente de cooperación y de la ética de los funcionarios públicos.

Las circunstancias en que transcurrieron los contratos fueron divididas en dos matices: cuando las fuentes de la mayor responsabilidad estaban bajo el control de Estado (rojo) y cuando estas circunstancias estaban bajo el control de los particulares o contratistas (verde). Como se ve en la gráfica 3, en 81% de los casos, los juzgados encontraron al Estado responsable de las circunstancias que hicieron los contratos más onerosos para los contratistas es decir que el estado por su negligencia contractual, indebida planeación o por fenómenos de corrupción o cualquier otro elemento intrínseco a su mera responsabilidad han perdido las concernientes contiendas judiciales. (Plan anticorrupción y de atención al ciudadano, 2014)



BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil Colombiano,. (2013). *Código Civil y Legislación Complementaria*. Bogota: LEGIS EDITORES S.A.
- Constitucion Política de Colombia. (1991). *CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA*.
- Contraloría, G. d. (s.f.). <http://www.sistemasenalcolombia.gov.co/>. Obtenido de <http://www.senalradiocolombia.gov.co/noticia/60-contratistas-son-los-due-os-de-la-contrataci-n-p-blica-en-el-pa-s>
- Ministerio de Hacienda. (2014). <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda>. Obtenido de <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/presupuestogeneraldeLANACION/ProyectoPGN/2014/1%20MENSAJE%20PGN%202014.pdf>
- Plan anticorrupción y de atención al ciudadano. (2014). *Plan anticorrupción y de atención al ciudadano*. Obtenido de <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/plan-anticorrupcion-y-atencion-al-ciudadano-2015.pdf>
- Procuraduría General de la Nación, R. d. (s.f.). <http://www.procuraduria.gov.co/portal/Indice-de-Gobierno-Abierto.page>. Obtenido de <http://www.anticorrupcion.gov.co/siteassets/forms/allitems.aspx?rootfolder=/siteassets/paginas/iga-indice-de-gobierno>
- Senado de la Republica de Colombia/ley 80de193. (28 de Octubre de 1993). <http://www.secretariasenado.gov.co>. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993_pr001.html#81

