

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el autor ha autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del catálogo en línea, página web y Repositorio Institucional del CRAI-USTA, así como en las redes sociales y demás sitios web de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor, nunca para usos comerciales.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-USTA

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

**Desnaturalización de la modalidad de mínima cuantía en los contratos de obra pública en
Colombia**

Leidy Ballesteros Arenas

Trabajo de grado para obtener el título de Maestría en Derecho

Directora:

Eva del Pilar Plata Sarmiento

Doctora en Derecho.

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Maestría en Derecho

2020

Dedicatoria.

Esta tesis va dedicada a mis padres por ser mi guía y apoyo en todos los momentos de mi vida, a mis hermanos que son el regalo más grande que Dios y mis padres me han dado, a mi hijo que me ha motivado a ser mejor persona y profesional a mi esposo que me ha acompañado y apoyado en este proceso.

Agradecimientos

Agradezco a Dios por esta oportunidad que me permite, a mi familia y amigos quienes me han acompañado y brindado su apoyo en este proceso de llevar acabo mis estudios de maestría, a la Universidad santo Tomas Bucaramanga profesores y administrativos por su calidad humana y académica.

Contenido

Introducción	8
1. Los peligros de la corrupción en los contratos de mínima cuantía de obra pública en Colombia.19	
1.1 Elementos generales.....	19
1.2 Formas de corrupción en la contratación administrativa, que violan el principio de planeación.....	27
1.3 La unidad natural del objeto y la planeación.....	46
1.4 La contratación de mínima cuantía y el contrato de obra.	51
2. Fraccionamiento del contrato.....	60
2.1 Desde el interés público	60
2.2. Desde la doctrina y la jurisprudencia.	72
2.3 El riesgo de violación del interés público en los fraccionamientos del contrato de obra. ...	77
3. Alternativas dirigidas a la prevención de las consecuencias derivadas de la falta de aplicación del principio de planeación en los contratos de mínima cuantía de obra pública.....	83
3.1 Consideraciones previas.....	83
3.2. Propuestas desde la doctrina.	89
3.3. Propuestas de la Tesista.....	94
4. Conclusiones.....	96
Referencias bibliográficas.....	103

Resumen

La Tesis presenta un problema que pocos autores han profundizado cuando de contratación pública se trata, puesto que el poder legislativo al crear la modalidad de selección del proponente, tipificada como de contratación de mínima cuantía, quiso entregar más transparencia para lograr la adquisición de bienes, servicios y obras, siempre y cuando dicho valor no excediera el porcentaje del diez por ciento (10%) de la menor cuantía, tal y como se observa del artículo 94 de la ley 1474 de 2011.

Esta modalidad fue motivada por la idea de un procedimiento que entregue celeridad y eficiencia para la contratación de bienes y servicios que por su objeto económico tengan un precio menor, no obstante, la problemática surge porque en el procedimiento creado los requisitos son menores y además no se determinó la clase de contratos que pueden realizarse por esta modalidad, lo que permite que un contrato de obra que en realidad por su objeto sea de mayor cuantía, en la realidad se enmascare al subdividirse en pequeños contratos de mínima cuantía, a pesar de la prohibición al respecto, de lo cual se hablará en el curso de la tesis, permitiendo una desnaturalización de la modalidad de mínima cuantía; por medio de las adiciones presupuestales dentro del contrato de obra, lo que en la práctica termina convirtiéndose en un contrato de mayor cuantía, pero oculto por las ya referidas adiciones presupuestales y los estudios previos. Con esas prácticas se transgrede el principio de transparencia, el de planeación, el de selección objetiva entre otros; ya que al final se cambia la cuantía de un proceso de selección al adicionarse dentro de otro y a su vez se produce una contratación directa disfrazada.

Palabras Clave: Contrato, Obra Pública, Fraccionamiento, Planeación.

Abstract

The Thesis presents a problem that few authors have explored when it comes to public procurement, since the legislature, when creating the modality of selection of the proponent typified as small-scale contracting, wanted to provide more transparency to achieve the acquisition of goods, services and works, as long as said value does not exceed the percentage of ten percent (10%) of the smallest amount, as observed in article 94 of law 1474 of 2011.

This modality was motivated by the idea of a procedure that delivers speed and efficiency for the contracting of goods and services that for their economic purpose have a lower price, however, the problem arises because in the procedure created the requirements are lower and also not The class of contracts that can be carried out by this modality was determined, which allows a work contract that in reality by its object is of greater amount, in reality is masked by subdividing itself into small contracts of small amount, despite the in this regard, they will be discussed in the course of the thesis, allowing a denaturation of the minimum amount modality; through budgetary additions within the works contract, which in practice ends up becoming a larger contract, but hidden by the aforementioned budget additions and previous studies. These practices violate the principle of transparency, that of planning, that of objective selection, among others; since in the end the amount of a selection process is changed by adding within another and in turn there is a direct recruitment in disguise.

Keywords: Contract, Public Works, Fractionation, Planning.

Introducción

Si bien este problema no es nuevo dentro del derecho administrativo en Colombia, pues ya está planteado dentro de la página oficial de contratación en Colombia (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, SF), merece un análisis más profundo ya que este cuestionamiento puede repercutir en una manera de lograr la plena eficacia y eficiencia en la contratación pública.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 2 establece los fines esenciales del Estado entre los cuales se encuentra servir a la comunidad como garantía de la prosperidad general y además consolidar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma constitución; igualmente facilitar la participación de sus asociados en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; como entidad principal de la función pública también se encuentra la defensa de la independencia nacional, lo cual implica primordialmente mantener la integridad territorial y a su vez asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. La lucha contra la corrupción en Colombia es importante, para las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares conforme lo dispuesto por la Convención Americana contra la Corrupción en su preámbulo (OEA, 1996); en aras de dar cumplimiento a los intereses del Estado se pretende a través de los procesos de contratación estatal y basados en los principios constitucionales que se encuentran en el artículo 209 y legales se pretende desarrollar la gestión pública de los proyectos, con miras a satisfacer las necesidades de los ciudadanos, en los términos de igualdad, moralidad,

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, tal y como aparecen en el artículo 209 de la Constitución Política

Sin embargo, estos principios pueden encontrarse muchas veces vulnerados en los contratos de mínima cuantía. De acuerdo a la Contraloría General de la República cuando de las modificaciones de una modalidad de contratación se evidencie que los elementos sustantivos del contrato se pierden, se puede hablar de la desnaturalización del contrato estatal (Contraloría General de la República., 1997).

De lo anterior se desprende que si bien el principio de planeación no se encuentra nominado en la ley 80 de 1993, sin embargo puede inferirse de los artículos constitucionales 209, 339 y 341 y de los numerales de la ley 806, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, aunque no fue nominado expresamente en el Estatuto de la Contratación, se desprende de las reglas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al igual que la normatividad administrativa relacionada con la eficacia y la eficiencia de la administración pública (Amaya, 2016), además es un principio que se deduce del bloque de constitucionalidad por medio de la Convención Americana contra la Corrupción en su preámbulo. Por otra parte, el principio de planeación nunca se encuentra sólo, pues el mismo se entiende a partir del análisis de otros principios de la contratación pública, como lo son el de moralidad administrativa, el de selección objetiva, el de transparencia, eficacia y eficiencia, solo para mencionar algunos. .(Consejo de Estado del 29 de agosto de 2007 (rad. 14.854). El Consejo de Estado con respecto al principio de Planeación lo siguiente:

Así las cosas, el principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y, aunque no fue definido por la ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, orientados todos a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado, como atrás se indicó[28].

En este orden de ideas, la elaboración de diseños, planos del proyecto y estudios completos siguen siendo indispensables para conocer el monto de la inversión y de esta manera determinar el procedimiento de selección que debe cumplirse, con lo cual se evita la pretermisión de las reglas y requisitos exigidos para la escogencia del contratista que resultan esenciales para adelantar la contratación en condiciones de validez y, además, para impedir que se pongan en riesgo los recursos públicos, puesto que de no contar con los documentos técnicos tampoco se conocerá el alcance del proyecto y fácilmente podría incurrirse en una contratación por un mayor valor del que realmente se requiere invertir en el respectivo proyecto.

Lo anterior evidencia, sin lugar a dudas, que la Administración está en el deber de satisfacer a plenitud los requisitos técnicos exigidos por la ley, previamente a adelantar el procedimiento de selección, con lo cual se garantiza la legalidad de los actos que expida a fin de seleccionar al contratista que colaborará con la administración en el cumplimiento de los cometidos de interés público, solo así el contrato podrá nacer en condiciones de validez y, si esto es así, los estudios, diseños y planos del proyecto se convierten en requisitos de validez del contrato. (Consejo de Estado, 2016).

Basado en la norma del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 del estatuto anticorrupción , el legislativo creó una nueva modalidad de selección denominada contratación de mínima cuantía, que procede en los casos en los que, sin depender del objeto particular se proceda a la adquisición de bienes, servicios y obras, siempre y cuando el valor no exceda el porcentaje del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad contratante (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo , SF).

Esta modalidad fue motivada en el debate legislativo sobre la base de que se trata de un procedimiento que resulta "bastante ágil y garantiza la pluralidad de oferentes, sin embargo, se crea controversia teniendo en cuenta la diferencia entre la regla general que es la licitación pública y el procedimiento de mínima cuantía (Bejarano Roncancio, SF). en este se han simplificado los procedimientos administrativos, los requisitos son menores y no se determinó la clase de contratos que pueden realizarse por esta modalidad, igualmente puede dar lugar a que NO se exijan las condiciones mínimas requeridas, tal es el caso en los contratos de licitación de obra pública donde el factor a evaluar debe ser las condiciones de experiencia y las calidades del contratista, se tiene en cuenta es el menor valor para este caso de contratación y por otra parte en desarrollo del contrato se adiciona el mismo por el 50% del contrato inicial; por lo anterior ya no sería un contrato de mínima cuantía sino que sería de menor cuantía vulnerando así los principios y los postulados en materia de contratación estatal.(Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, SF). La OCDE ha dicho con respecto al principio de concurrencia lo siguiente:

Como se sugirió antes, las inquietudes acerca de conductas relacionadas a estructuras de cártel serán poco relevantes en situaciones en las que exista un gran número de competidores o barreras a la entrada relativamente bajas. En estos casos, el impacto positivo de la

publicación de información se refleja en la reducción de los costos de búsqueda en los mercados, lo que bien podría justificar su uso. Sin embargo, en mercados más concentrados, estos requisitos tienen mayor probabilidad de tener un impacto negativo. En mercados con pocos proveedores y un producto estandarizado, el esfuerzo que los consumidores deben aplicar en su búsqueda entre diferentes participantes podría ser menor que en el caso en el que existe un gran número de oferentes, aunque los riesgos de presenciar acuerdos en estructuras de cártel sean mayores. De aquí que los beneficios potenciales de estos requisitos de publicación sean proporcionalmente menores. (OCDE, 2011)

También frente al principio de Concurrencia se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

Licitado (en Italia) un contrato de servicio de transportes, el mismo se adjudica provisionalmente al único licitador que no ha sido rechazado o excluido. Sin embargo, en los trámites posteriores se pone de manifiesto que el representante legal de la empresa adjudicataria se haya encausado por diversos delitos que, de resultar probados en sentencia firme, llevaría a la empresa a incurrir en causa de prohibición de contratar. Ante este hecho el órgano de contratación considera que no procede la adjudicación definitiva del contrato, revoca su decisión anterior, anula el procedimiento y, dado el carácter indispensable del servicio, proroga el contrato existente (del que el ahora licitado sería continuación) a favor del contratista que venía ejecutándolo. La empresa licitadora, adjudicataria provisional, privada ahora de su condición, interpone recurso ante el Tribunal italiano, quién finalmente

plantea diversas cuestiones prejudiciales –punto 24- ante el TJUE, que cabe resumir del siguiente modo:

Puntos 25 a 37: Dado que no existiendo sentencia firme, el licitador no puede ser excluido ¿Cabe la renuncia a la celebración del contrato por parte del órgano de contratación por esta causa? Al respecto y en principio –pto. 28-, el TJUE apunta a la posible concurrencia de una causa de exclusión que se recoge en la Directiva de contratación 2004/18/CE,: “... resulta útil aclarar que las causas de exclusión previstas en el artículo 45, apartado 2, letras d) y g), de dicha Directiva reconocen también a los poderes adjudicadores la facultad de excluir a todo operador económico que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar o que se considere gravemente culpable de hacer declaraciones falsas o que no haya proporcionado la información exigida para la selección cualitativa de las ofertas sin que se requiera que el operador económico haya sido condenado por sentencia firme.” Señalado lo cual, la sentencia no va más allá por esta vía, posiblemente por la no adecuación de su aplicación al caso. (Nota: La causa apuntada tendría su correspondencia en el artículo 60.1.e. del TRLCSP. Sin embargo, el alcance de la norma española resulta a todas luces más limitado que el de la comunitaria)

Si destacará la sentencia por el contrario, que la no concurrencia de causa de exclusión no significa que el órgano de contratación no pueda renunciar al contrato, apuntando diversas posibilidades para ello (sin concretar, en mi opinión, de qué modo podría aplicarse alguna de ellas al supuesto planteado), y así señala que ante la decisión de revocar una licitación, la Directiva 2004/18 “...obliga a informar cuanto antes de una decisión de esa índole a los candidatos y licitadores y a señalar sus motivos... [además apunta que la jurisprudencia del

TJUE] no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves... [y]... aunque obliga a la entidad adjudicadora a comunicar, en el caso de que decida cancelar la licitación relativa a un contrato público de servicios, los motivos de su decisión a los candidatos y a los licitadores, no implica que la entidad adjudicadora esté obligada a llevar a término el procedimiento de adjudicación... No obstante, el Tribunal de Justicia no ha dejado de señalar que la exigencia de comunicar los motivos que subyacen al acuerdo por el que se cancela la licitación obedece precisamente al empeño de garantizar un nivel mínimo de transparencia y... la observancia del principio de igualdad de trato... [lo que lleva a que]... el acuerdo del poder adjudicador por el que se revoca la licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o las normas nacionales que transponen el referido Derecho”. Referido lo anterior el TJUE llega a la siguiente conclusión: “... los artículos 41, apartado 1, 43 y 45 de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que, cuando no se cumplen los requisitos de aplicación de una causa de exclusión previstos en el citado artículo 45, éste no se opone a que un poder adjudicador adopte una decisión de renunciar a adjudicar un contrato público licitado y no llevar a cabo la adjudicación definitiva de dicho contrato al único licitador que quedaba en liza y que había sido declarado adjudicatario con carácter provisional.

Puntos 38 a 46. Se plantea otra cuestión (que en mi opinión, y al igual que la anterior, NO es respondida de manera satisfactoria, o de forma plena, por el TJUE), formulada en los siguientes términos: “¿Es compatible con el Derecho comunitario que las decisiones adoptadas por un poder adjudicador en materia de contratos públicos estén sujetas a un control

jurisdiccional pleno por parte de un órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo nacional, en el ejercicio de una competencia atribuida a dichos órganos jurisdiccionales en materia de contratos públicos, y ello desde el punto de vista de la fiabilidad y de la adecuación de la oferta y, por tanto, más allá de los únicos supuestos de manifiesta falta de lógica, irracionalidad, motivación insuficiente o error de hecho?” La conclusión a la que llega el TJUE es la siguiente: “el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos (...) deben interpretarse en el sentido de que el control previsto (...) constituye un control de legalidad de las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las normas pertinentes del Derecho de la Unión o de las disposiciones nacionales que transponen las referidas normas, sin que dicho control pueda limitarse al mero examen del carácter arbitrario de las decisiones del poder adjudicador. No obstante, lo anterior no excluye la facultad del legislador nacional de conceder a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes la facultad de ejercer un control de oportunidad.” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2013)

Ahora bien, la normatividad tal y como está planteada, puede llevar a una desnaturalización de la modalidad de mínima cuantía, por cuanto las adiciones presupuestales conllevan un cambio de modalidad, lo que a su vez trae una transgresión del principio de transparencia, ya que al cambiar por la cuantía de un proceso de selección al adicionarse en otro (de mínima a menor cuantía) básicamente se produce el cambio de una modalidad por otra sin que se cumpla el requisito de una nueva escogencia pública, lo que a su vez conlleva una contratación directa subrepticia (Mora Caicedo, 2017).

De ahí se desprende la posibilidad del fenómeno llamado fraccionamiento del contrato, de acuerdo al portal Colombia Compra Eficiente dicho fenómeno consiste en el quebrantamiento

de la unidad natural del objeto, en contravía del principio de Economía, pues conforme al mismo habría mayor eficacia y eficiencia en la celebración de un contrato único en la cuantía necesitada y no en la celebración de varios disfrazados por continuas adiciones presupuestales (Departamento Nacional de Planeación, SF). La Corte Suprema Sala Penal define claramente lo que es fraccionamiento de contratos:

«(...) La Sala encuentra que siete (7) de los contratos (rotulados con los números 600698, 600675, 600676, 600169, 600678, 600674 y 600099) celebrados por el ex alcalde de Cartagena se suscribieron el 21 de enero de 1999, mientras uno más (identificado con número 600231) el 25 de los mismos mes y año y el último (radicado con el número 602192) el 5 de marzo siguiente.

Adicionalmente, se tiene que cuatro (4) de ellos tenían una vigencia de 90 días y un plazo de ejecución de 60 días, cuatro (4) más una vigencia de 60 días y un plazo de ejecución de 30 y el restante, precisamente el celebrado el 5 de marzo de 1999, una vigencia de 45 días y un plazo de ejecución de 15 días. Es decir, en su vigencia y ejecución existía simultaneidad.

A lo anterior se suma que todos tenían como propósito el mejoramiento de la malla vial de la referida ciudad, como expresamente se estipuló en ocho (8) de los contratos, pues en siete (7) de ellos se señaló que su objeto era el “reparqueo en diferentes sitios de la ciudad” y en otro (el 600099) se indicó como objeto del mismo la realización de “reparqueo en el Barrio Los Caracoles”. Por lo demás, en el último (el celebrado el 5 de marzo) se especificó que su objeto

era el suministro y transporte de “zahorra” para diferentes sitios de la ciudad, la cual, como lo refirió el Tribunal, constituye el material utilizable en las obras de “reparqueo”.

Siendo así la situación, no surge la menor duda acerca de que se trató de una contratación celebrada respecto de una obra de la misma especie, en otras palabras, existía unidad de objeto. (...)

Aparte de lo anterior, se tiene que si el propósito de dividir la ciudad era agilizar los trabajos, asignando a distintos contratistas el “reparqueo” de cada una de esas zonas, no tiene explicación alguna que dos de los contratos hubieran sido adjudicados por el alcalde a la misma empresa, tal como ocurrió con los contratos 600674 y 600099, suscritos con la firma F. Gómez y Cia. Ltda., incluso, el mismo día, esto es el 21 de enero de 1999.

Tampoco se entiende que si ocho (8) de los contratos se celebraron por el sistema de “precio unitario”, en virtud del cual los contratistas se obligaron a suministrar y aportar los materiales y “los demás elementos para la construcción y mantenimiento de las obras, temporales y permanentes”, “sin que por estos hechos el Distrito adquiriera responsabilidad alguna”, a pesar de ello el procesado suscribió contrato adicional con una de las firmas a las cuales, precisamente, se le adjudicó uno de los contratos de “reparqueo” (se trata de la compañía Cicon S.A. E.S.P.) para el suministro de la “zahorra”, escindiendo el objeto de la contratación que, por lo menos, en ese aspecto había quedado a salvo inicialmente, sin que aquel proceder hiciera parte de las recomendaciones incluidas en el documento suscrito por el secretario de obras públicas.

Las comentadas circunstancias permiten concluir que el fraccionamiento de la contratación no se cimentó en criterios razonables de interés público. Contrariamente, su finalidad estuvo enderezada a soslayar la licitación pública, en orden a abrir paso a la contratación directa.

La anterior conclusión se fortalece cuando se observa que algunos de esos contratos los suscribió el burgomaestre sin saber cuál era la oferta más favorable y sin contar si quiera con los certificados de existencia y representación de las firmas contratistas. Así ocurrió con los contratos 600698 y 600169, en el primero de los cuales el referido certificado tiene fecha 3 de febrero de 1999, no obstante que su suscripción ocurrió el 21 de enero anterior, fecha en que también se celebró el segundo, pero el certificado data del 22 de enero del citado año. La primera de las referidas situaciones (no conocimiento de la oferta más favorable) aconteció también con los contratos 600678 y 600674, en los cuales la respectiva minuta con la mención de la propuesta más favorable fue enviada al alcalde al día siguiente de su suscripción. (...)» (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, 2010)

En este sentido la misma página cita una jurisprudencia del Consejo de Estado que indica la naturaleza del fenómeno jurídico comentado:

Si bien se trata de un comportamiento que no se encuentra expresamente prohibido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contradice abiertamente “la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto

(Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Sentencia del 31 de enero de 2011. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz). (Departamento Nacional de Planeación, SF).

La tesis que se presenta se divide en tres capítulos, el primero tratará sobre los peligros de la contratación en los procesos de mínima cuantía, con referencia a los contratos de obra pública, el segundo versará sobre el fraccionamiento del contrato como modalidad que pone en riesgo el interés público y el tercero discernirá sobre propuestas dirigidas a la prevención de las consecuencias derivadas de la falta de aplicación del principio de planeación en los contratos de mínima cuantía de obra pública.

1. Los peligros de la corrupción en los contratos de mínima cuantía de obra pública en Colombia.

1.1 Elementos generales.

En este capítulo se van a presentar las generalidades del escrito total de tesina, las cuales consisten en: 1. mostrar la forma en la que se desarrolla el derecho y principio de la moralidad administrativa, orientada al campo de la contratación estatal de mínima cuantía, pero especialmente dirigido a la contratación de obra pública y 2. Como este principio se viola a partir del fraccionamiento de los contratos de obra pública.

Para comenzar, la modalidad de contratación de mínima cuantía surge con el propósito principal, aunque no el único de dar a los gerentes, representante legales y directores

administrativos, entre otros, de las entidades estatales la posibilidad de contratar de manera expedita, al igual que apoyar la delegación contractual conforme a la ley 80 de 1993, lo que facilita el desarrollo de los procesos de contratación y ahorra el tiempo y los recursos que significa una licitación pública o selección abreviada, lo que en un principio cumpliría el principio de eficacia; sin embargo esta modalidad a menudo se usa para los contratos de obra donde se requiere por regla general la calidad y la experiencia de los oferentes, factores de ponderación determinantes para el desarrollo del proceso, lo que desfigura la modalidad de selección de mínima cuantía porque una vez adjudicados estos procesos se lleva a cabo la adición del mismo, pasando a ser una selección abreviada lo que cambia de manera inmediata la modalidad de contratación, si se hubiese planeado en forma correcta desde el principio el proceso de contratación a adelantar.

Por tanto, es probable que de manera fácil se convierta en menor cuantía por las adiciones presupuestales en ejecución del contrato, afectando el principio de planeación de la contratación pública, por lo que evidencia el Consejo de Estado en sentencia CE Sala Plena, Sentencia 11001031500020060028100, May. 22/18, en la cual se discutía si el fraccionamiento del contrato estaba prohibido en la ley 80 de 1993, conclusión que fue afirmativa, puesto que la sala encontró que el fraccionamiento del contrato violaba los principios de planeación y moralidad administrativa. Cómo lo argumento el Consejo de Estado:

Cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública. Al respecto, aunque la

conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual. En efecto, se ha considerado que "Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8° del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto". (...) Esta Corporación en sentencia del 3 de octubre de 2000, expresó que los principios de la contratación estatal se violan cuando "se celebran directamente varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso. Y eso es fraccionar lo que, en realidad, constituye un solo contrato, y eludir el cumplimiento de la ley (...) Pero, ¿cuándo se trata de un mismo objeto? (...) La ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto". Por desconocer los principios que inspiran la contratación estatal, el fraccionamiento de contrato impone al juez la obligación de declarar su nulidad absoluta en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993. (...) La Sub Sección considera que existió una actitud deliberada por parte del Departamento dirigida a desconocer

las normas de derecho público, por cuanto teniendo la necesidad de contratar una obra cuyo monto imponía la obligación de adelantar un proceso de licitación, hábilmente fraccionó el contrato de manera tal que ninguna de sus partes superara dicha cuantía y pudiera, entonces, realizar procedimientos de contratación directa. (Consejo de Estado, 2011)

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la modalidad de contratación de mínima cuantía es una figura utilizada en la contratación pública cuando el presupuesto de la entidad o del contrato sea menor al 10% de la menor cuantía, conforme al numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, lo que convierte en viable analizar cómo a través de esta modalidad en el desarrollo del contrato, pueden verse vulnerados los principios de la contratación estatal, especialmente el de planeación, ya explicado anteriormente en cita del Consejo de Estado, que no vale la pena repetir, al escogerse el participante con el mínimo precio ofertado que al mutar de tipo contractual a uno de cuantía superior, permite que se vulnere el debido proceso, pues se cambian las exigencias que debe cumplir un contratista para acceder a un contrato de obra pública.

La presente investigación se orienta a desarrollar algunos de los principios que regulan la contratación estatal el de planeación, el de moralidad administrativa, el de selección objetiva, el de transparencia, eficacia y eficiencia: esta por supuesto es el primer desarrollo doctrinal y jurisprudencial del trabajo, para luego desarrollar el concepto de mínima cuantía y finalmente su relación con el contrato de obra pública, con el fin de incorporar al trabajo mayor rigurosidad. por lo cual necesariamente se hablará del reconocimiento, implementación y cumplimiento en desarrollo del contrato de obra pública cuya modalidad de selección es la mínima cuantía,

igualmente la identificación de las afectaciones que surgen al realizar adiciones al contrato de mínima cuantía respecto de la desconfiguración de la modalidad prevista en el estudio previo.

La importancia de la investigación radica en la necesidad de profundizar desde la perspectiva del derecho, en qué consiste el proceso de mínima cuantía de los contratos de obra pública; los criterios utilizados por la administración para la adjudicación de los contratos y qué implicaciones se dan que pueda desvirtuar la aplicación de algunos de los principios de contratación estatal, este trabajo a su vez brindará un conocimiento previo a los funcionarios públicos relacionado con las posibles falencias en las que se pueda incurrir por no dar cumplimiento a cabalidad de los postulados constitucionales y legales en los que se soportan cada uno de los principios enunciados.

Así mismo se pretende despejar las dudas existentes en relación con, la forma en que puede desdibujarse la finalidad del contrato de mínima cuantía, con las adiciones presupuestales afectando el principio de planeación, siendo una herramienta para los estudiosos del derecho porque encontrarán las fuentes normativas y las consecuencias derivadas de este tipo de contratación.

El objetivo es ofrecer a la doctrina los principales lineamientos que rigen la contratación estatal en la mínima cuantía, que es la delimitación conceptual del trabajo, en Colombia, lo que permite no solo dar cuenta de algunos rasgos peculiares de los contratos de mínima cuantía de obra pública, en la que subyacen principios de la contratación estatal específicamente el de la planeación que puede verse afectado en la medida que se realice apropiaciones presupuestales adicionales en el curso del contrato que ocasionarían el cambio de modalidad de la inicialmente planteada.

Se busca prevenir que se cometan faltas por parte de los servidores públicos y de los oferentes como bien lo ha señalado el Consejo de Estado, e incluso se lleguen a cometer delitos relacionados con la mala administración del patrimonio del Estado, tales como el fraccionamiento de contratos o el favorecimiento de determinado contratista para la adjudicación de los contratos de mínima cuantía de obra pública, por tanto se abordarán tanto las consecuencias como las acciones que pueden realizarse con el fin de prevenir las actuaciones señaladas anteriormente en materia de contratación estatal.

Este trabajo en su hipótesis considera que la modalidad de mínima cuantía deja de ser tal y se convierte en menor cuantía por las adiciones presupuestales en ejecución del contrato, afectando el principio de planeación de la contratación pública. Y si bien, los estudios previos pueden mostrar la necesidad de ejecución de contratos por separado, ya se observó que, conforme a sentencia del Consejo de Estado, el fraccionamiento del contrato se realiza desde la construcción de los estudios previos, de manera tal que se logre disimular la unidad de un contrato estatal, y permitir que en la contratación de un mismo objeto, dicho objeto se subdivida en los estudios previos de cada contrato, o en las continuas adiciones presupuestales. (Consejo de Estado, 2011). En razón a lo ya explicado la Procuraduría da un ejemplo del fenómeno antijurídico del fraccionamiento del contrato:

En cuanto hace relación a los recursos que financiaron las obras, de conformidad con los certificados de disponibilidad presupuestal y los registros presupuestales, estas correspondían al proyecto: “Infraestructura Básica y Valorización. Descontaminación de Aguas Residuales. I.C.N. Construcción de Colectores e Intersectores, obras complementarias, código 207.6030301021.02.046, así: del contrato 36/00 (fls. 101 y 102 C.O.1); del contrato 38/00 (fls. 119 y 120 del Anexo 1), y del contrato 39/00 (fls. 214 y 215 C.O.1).

Elementos que permiten concluir que se dan los presupuestos del fraccionamiento o división artificial del objeto contractual, cuales son: identidad de objeto específico, superación de la menor cuantía, y celebración en un mismo período contando con los recursos para adelantar un solo proceso de selección, que era el de la licitación pública.

El análisis efectuado en precedencia sobre la responsabilidad del disciplinado frente a la participación en la etapa precontractual de otros funcionarios de la administración a su cargo, y las causales de justificación que fueron invocadas, tienen plena aplicación en relación con la celebración de los contratos 36, 38 y 39/00, que constituyeron el fundamento para la segunda imputación que se le hizo.

Encuentra la Sala Disciplinaria demostrada la conducta endilgada al disciplinado, con la cual trasgredió la Ley 80 de 1993, artículo 3º, sobre los fines de la contratación estatal, en concordancia con el art. 44, numeral 3, referido a los contratos que se celebren con abuso o desviación de poder; art. 24, sobre el principio de transparencia, que establece como mandato general la escogencia de los contratistas a través de la licitación pública o concurso; y art. 26, numerales 2 y 5; la Constitución Política en los artículos 6º y 209; y la Ley 200 de 1995, artículo 40 numerales 1, 2, y 22, normas que le fueran citadas en el pliego de cargos.

Por último, esta instancia comparte la calificación de la falta como grave y dolosa efectuada en el pliego de cargos y mantenida por el fallador de primera instancia, teniendo en cuenta los criterios de jerarquía y mando del servidor público investigado, la reiteración de la conducta, el mal ejemplo dado y el grado de culpabilidad (doloso), contenidos en el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, y la evidencia de su actitud dirigida a convalidar la actuación precontractual adelantada, suscribiendo los contratos investigados por vía directa, omitiendo

el proceso licitatorio que debía surtir, lesionando la función pública, bien jurídicamente tutelado. (Procuraduría General de la Nación, 2004).

Con lo observado anteriormente en fallo de la Procuraduría, se puede indicar que la adición presupuestal no puede desnaturalizar a la mínima cuantía y no puede caracterizar otra modalidad como la menor cuantía. Por tanto, el concepto inicial de este trabajo partirá del análisis del fenómeno de la corrupción, pero no se va a analizar en profundidad la corrupción contractual, dado que le daría al trabajo un contenido de tesis de ciencia política; por lo cual, lo que se cite y se escriba sobre el tema, será únicamente, para darle un contexto al escrito y que tenga a su vez, un mejor entendimiento.

Así, Colombia potenciada en las formas de contratación y vigilancia estatal de la misma, donde la corrupción se entiende como un ejercicio del poder con el fin de usar la gestión pública para el beneficio de lo privado (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013), así Matallana Camacho indica que las prácticas sobre corrupción se realizan tanto por entes públicos y privados con poder e incidencia sobre las cuestiones públicas (p. 27) (Matallana Camacho, 2016), además de ser un fenómeno que afecta el desarrollo de los países (Art. 1 Convención Americana contra la Corrupción).

En sentencia C- 397 de 1998 la Corte Constitucional se pronuncia sobre la exequibilidad de la Convención Americana Contra la Corrupción indica la necesidad de combatirla, por ser este fenómeno contrario a la carta política, ya que ataca el Estado Social de Derecho de manera directa:

El Estado social de derecho se construye a partir del reconocimiento del ser humano como sujeto autónomo, dotado de razón, cuya realización integral debe promover el Estado, garantizándole condiciones dignas para el desarrollo de sus potencialidades, condiciones que se anulan y diluyen en contextos en los que prevalezca el interés mezquino de quienes anteponen los suyos particulares a los de la sociedad, incluso desdeñándolos y sacrificándolos, mucho más si para ello hacen uso indebido del aparato administrativo que conduce el Estado, de los recursos que lo nutren, y del ejercicio de las funciones propias de la administración pública, conductas que por lo general se identifican en los tipos penales que describen prácticas corruptas. La convención que se examina, en su artículo III, compromete a los Estados-Partes en la adopción de mecanismos, normas y medidas de carácter preventivo, que irradian la gestión de los funcionarios públicos, haciendo posible que ellos se apropien y practiquen "...normas de conducta [que garanticen] el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 1998).

1.2 Formas de corrupción en la contratación administrativa, que violan el principio de planeación

A pesar de los controles que se ejercen en la contratación de mínima cuantía y especialmente en los de obra pública, la contratación administrativa sigue presentando problemas y es uno de los focos de corrupción más importantes de la función pública, así de los elementos que traen más peligros, en Meléndez se encuentra el primero, que es:

- El primero y más importante es el no buscar parámetros técnicos para atacarla definitivamente; pues la sola indignación popular parece no ser suficiente; por lo que al momento de la construcción de una política pública para eliminar o por lo menos reducir la desviación de los recursos del erario no hay medidas suficientes para lograr dicho objetivo (Meléndez, 2017).

- El segundo peligro se observa de la Veeduría Distrital de Bogotá, de donde se indica que hay concentración de los contratos estatales de obras en pocas manos, lo que perjudica el principio de la selección objetiva; en ese sentido para el año 2016 la mitad de los contratistas obtuvieron por lo menos dos grandes contratos en ese año, teniéndose que el 20 por ciento de los contratistas lograron cuatro o más grandes contrataciones en promedio (Veeduría Distrital de Bogotá., 2017).

- Nuevamente la Veeduría Distrital de Bogotá indica el tercer peligro, el cual relaciona que se produce un bajo nivel de competencia, así se indica que solo el 11,1 por ciento de los procesos contractuales tienen más de un oferente, lo que lleva a que también el principio de la economía procesal no se cumpla, pues se adjudican por el valor del presupuesto inicial (Veeduría Distrital de Bogotá., 2017).

- La Veeduría indica que habitualmente se encuentran mal diseñados los procesos de contratación, ya que los requisitos habilitantes generalmente terminan con un solo oferente habilitado; sin embargo, esto también sucede porque se producen pequeños contratos que no son llamativos para muchos posibles oferentes; sin embargo, sucede en este caso lo que se llama fraccionamiento del contrato; es decir, realmente la cuantía de aquel es de un monto mayor, pero se camufla bajo los componentes de varios contratos más pequeños. Aunque también se debe a que la percepción es que los contratos ya están dirigidos a un solo ganador. No hay una modalidad de contratación que resulte sistemáticamente en procesos de contratación más

competidos (Veeduría Distrital de Bogotá., 2017). Lo anterior muestra que prácticamente los procesos de contratación terminan siendo en su mayoría de contratación directa; ya no solo por el mal diseño de los pliegos, sino también porque los procesos para contratación no se hacen atractivos para el mercado, por sus bajas cuantías.

- Meléndez igualmente indica otro de los peligros que radica en la falta de una estandarización de los procesos a nivel nacional y territorial, así como a nivel de descentralización por servicios y por colaboración; lo que produce que no haya orden a nivel de contratación en el país. Así, la complejidad de los procesos de contratación no logra su cometido, porque no es capaz de ordenar el sistema de los negocios jurídicos de la nación (Meléndez, 2017).

En la misma dirección Álvaro Ceballos Suarez indica que a nivel general son muchos los factores sociales que posibilitan la corrupción:

Según los expertos en la materia , las siguientes son las principales dificultades de los países para combatir la corrupción a gran escala debido a que funcionarios de alto nivel pueden estar involucrados en actos de corrupción lo cual genera mayores dificultades para la posibilidad de juzgamiento, dado que: (i) los mecanismos habituales de contrapeso en el país probablemente no sean eficaces ni alcancen a la élite política; (ii) es probable que fiscales y jueces cedan a presiones o corrupción, lo cual frustra la posibilidad de que haya investigaciones y juicios objetivos; (iii) quienes ocupan el poder podrían haber “legalizado” sus prácticas corruptas, obstaculizando la obtención de evidencias de los actos ilícitos en los cuales participaron; (iv) es posible que funcionarios corruptos gocen de inmunidad debido a fueros, lo cual frena la posibilidad de procesamiento. (v) en países donde la corrupción es endémica, la capacidad del

estado suele ser débil, y es común que no se respete el estado de derecho. Los organismos de aplicación de la ley y el poder judicial con frecuencia carecen de autonomía, capacidad técnica y fondos para impulsar investigaciones, y juzgar y sancionar a corruptos. La élite política a menudo se beneficia de esta aplicación laxa de la ley y tiene pocos incentivos o voluntad política para poner a disposición mecanismos efectivos para investigar y sancionar a personas corruptas (Pavletic 2009). En estos países, las autoridades de aplicación de la ley a veces tampoco reciben medidas de seguridad física para llevar adelante causas sobre corrupción a gran escala (Ceballos Suarez, 2018).

No es pues casual que las principales formas de corrupción en Colombia se presenten a nivel de la contratación administrativa y que se identifican como la usurpación del interés público por el interés privado y que se asemeja a la práctica del nepotismo. Así, en libro patrocinado por FEDESARROLLO se observa que las principales formas de corrupción en el país que se presentaban desde el año 2009 hasta el 2016 se manifestó mayoritariamente a través del cohecho, la extorsión, la apropiación de bienes públicos y bienes de uso privado y el ya mencionado nepotismo. Así las principales actividades en las que se manifestó la corrupción para ese año son:

1. Aceptar y exigir dinero para realizar actos propios del cargo o a su vez ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, o ambos,
2. El uso y la retención de activos de uso público para fines privados; y
3. Tratar favorablemente a familiares o amigos, y otorgar cargos o empleos públicos o facilitándose licencias y permisos, mediante la desviación de poder. (Newman Pont, 2017).

En el libro patrocinado por FEDESARROLLO, ya reseñado se encuentran varias condiciones que permiten la corrupción en Colombia, entre las que se tienen condiciones socio – culturales y políticas y a su vez condiciones institucionales; entre las primeras se encuentran:

- La actividad institucional del Estado que ha sido débil, no reporta presencia positiva en la mayor parte del país y que basa su poder en notables o cacicazgos, que parecen mantener a Colombia en un proyecto de Estado, o mejor en uno premoderno que más que capitalista es feudal. Su constitucionalidad oficial riñe con la constitucionalidad real, pues se observa que es un Estado fuerte en el papel, con mucha intervención en procura de salvar los derechos sociales y colectivos (entre ellos la moralidad administrativa), pero en lo fáctico encuentra compuesto de instituciones débiles que no logran siquiera imponer el imperio de la ley y mucho menos ser un Estado Social de Derecho, que ni siquiera ha logrado el monopolio de las armas y mucho menos la legitimidad popular, lo que por consiguiente lo obliga a estar en constante negociación con actores políticos violentos, ya que además no ha logrado la protección de los actores políticos no violentos que hacen parte de la oposición (Newman Pont, 2017).

- El fenómeno del clientelismo no puede faltar; si se tiene en cuenta que este consiste en el intercambio de bienes y servicios por apoyo electoral, práctica legendaria en la historia política del Estado colombiano, y que se ha evidenciado en la contratación pública en Colombia. En Colombia el tipo de clientelismo que parece predominar en estos tiempos neoliberales es el clientelismo de mercado, que, si bien según Newman Pont tiene un carácter predominantemente local, no se puede compartir, puesto que también se presenta a nivel nacional, en cualquiera de las tres ramas: por ejemplo, el cartel de la toga, el carrusel de la contratación y los continuos escándalos en el legislativo con normas que poco ayudan al control de la corrupción. El fenómeno del clientelismo tiene a los políticos como protagonistas, y es una desviación de las reformas institucionales de la constitución del 91 como es por ejemplo la descentralización, pues aprovechando esta se distribuyen recursos en las localidades, bajo la intermediación de los caciques políticos los cuales están también ligados partidariamente al legislativo,

desgraciadamente este tipo de clientelismo se apoya también en procedimientos de paramilitarismo y mafia electoral. Y si bien, el objetivo del trabajo no es profundizar en el tema de la corrupción estatal, no es menos cierto que indicarla ayuda al mejor entendimiento de esta tesis, por lo cual no obsta dedica unos renglones a explicar algunas causas de la debilidad institucional en Colombia. Ahora bien, entre las razones referidas a la debilidad institucional se pueden encontrar:

- La existencia de un poder monopolista producida por indebidas intervenciones del Estado y los funcionarios públicos; esto se debe a que, a diferencia del proceso electoral, las decisiones sobre contratación, permisos, licencias y el acceso al empleo públicos con decisiones de funcionarios, que en muchas ocasiones no están restringidos en el uso de su poder de decisión, es decir, tienen poco poder de restricción.

- El Estado colombiano ha expedido normas que buscan establecer una regulación detallada de los procedimientos de adjudicación de los contratos estatales, el nombramiento de cargos públicos, la asignación de los permisos y las licencias de explotación; pues la introducción de sistemas de adjudicación competitivos puede beneficiar los criterios de selección objetiva y permite que no se abuse del poder ni se desvíe el mismo. Sin embargo, como se ha visto, a pesar de la inflación normativa, se encuentra que se han utilizado mecanismos ilegales que burlan la competitividad y los principios de selección objetiva lo que le da poder de maniobra y discusión al funcionario público; así en materia de contratación estatal son varios, por ejemplo, entre la existencia de los mecanismos más utilizados para burlar la normatividad, se encuentran los “pliegos sastre”, que consisten en la elaboración de pliegos dirigidos a que los gane un proponente predeterminado; los contratos con entidades sin ánimo de lucro, los acuerdos anticompetitivos (oligopolios) entre empresas privadas, y demás trampas que buscan burlar los

concursos y lograr que las adjudicaciones contractuales se hagan de manera directa. Con relación al empleo público, las trampas más usadas se encuentran en el gran cúmulo de nombramientos en provisionalidad y el enmascaramiento de los contratos laborales en contratos de prestación de servicios u OPS.

- La sanción de las conductas corruptas no tiene mecanismos suficientes, pues si bien hay gran cantidad de normas para promoverlas, se encuentran los siguientes defectos en la gestión pública de lucha contra la corrupción; en primer lugar hay carencia de verdaderos mecanismos contra la corrupción en las zonas periféricas del país; en segundo lugar hay ausencia de un enfoque diferenciado por sectores para aplicar las herramientas de lucha contra la corrupción; en tercer lugar falta un diseño institucional para lograr el cumplimiento de la ley, en tercer lugar hay falta de responsabilidad política de los partidos políticos, para evitar desde su accionar el acceso de la corrupción a la función pública; en cuarto lugar hay demasiada infiltración y poco control a nivel de la descentralización territorial, en quinto lugar, la imposibilidad de control previo de parte de la contraloría, y por último hay entre los organismos de control con respecto a la fiscalía (Newman Pont, 2017).

Por otra parte y volviendo al tema del fraccionamiento del contrato y tal como se puede analizar de la jurisprudencia transcrita durante todo éste trabajo y de los conceptos de la Procuraduría General de la Nación y demás bibliografía citada, que éste fenómeno se caracteriza por la celebración de diferentes contratos, que realmente están estrechamente ligados por su objeto, lo cual significa que podrían haberse elaborado, en una unidad de estudios previos y bajo la misma estructura precontractual y contractual:

Con respecto a los problemas y peligros de la corrupción, se presentan por cuanto con el mismo se violan varias prohibiciones, por ejemplo, se enmascara una contratación directa, se violan los principios de selección objetiva, transparencia y economía. En ese sentido observemos lo que indica la doctrina extranjera, que establece que el peligro del fraccionamiento del contrato se encuentra en que por ejemplo una obra de mayor cuantía, se contrata en pequeñas obras de mínima cuantía, con el fin de evadir requisitos legales, tener menos competencia y asegurar un contrato en realidad más grande con base en varias adiciones presupuestales; por eso se considera que el fraccionamiento del contrato resulta de una subdivisión artificial de un contrato de obra pública de mayor cuantía, con el fin de evadir las normas de contratación de mayor cuantía y los procedimientos licitatorios, además de reducir los plazos y los costos con el fin que haya un único proponente (Cano, 2015). De esta manera para observar si un objeto contractual puede fraccionarse, hay que averiguar si se parte de la existencia de una verdadera entidad técnica y económica, por eso la construcción de una red de canalización, aunque abastezca a varios municipios, se debe tomar como obra única (Cano, 2015).

Desde el punto de vista extrajurídico el especialista en Alta Gerencia, Aldemar Serrano Cuervo analiza que las formas de corrupción en la Contratación Pública en Colombia resultan en buena parte de lo que llama la debilidad estructural de las entidades públicas, la cual favorece la intervención de personas como consultores externos que en varias ocasiones favorecen la corrupción, pues tienen gran poder en estructura de los procesos y en muchas ocasiones a su vez suelen promover en paralelo personas jurídicas proponentes con altas probabilidades de ganar los procesos, pues participan en la creación de dichos pliegos y los dirigen en la sombra con el fin de favorecer a las personas proponentes, las que a la sombra han creado. No obstante, el problema principal que permite este tipo de prácticas, radica también en la falta de estandarización de los

pre pliegos y pliegos, aun cuando dichos pliegos puedan referirse a actividades que son idénticas; lo que resulta en que sucedan estas situaciones: Falta de divulgación de la convocatoria y un plazo breve (demasiado) entre la apertura del proceso y la fecha de presentación de propuestas, y requisitos que sólo la entidad que ha sido preparada para el concurso, puede cumplir (Serrano Cuervo, 2014). Lo que si bien, podría decirse que cumple con los principios de publicidad y transparencia, termina enmascarando el contrato real de tal manera, que termina siendo difícil detectar la unidad de objeto de los diferentes contratos. Pues como lo ha dicho anteriormente el Consejo de Estado, el estudio del fraccionamiento debe darse por cada caso, porque todos tienen sus especificidades. (Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil., 2016)

Por su parte Martínez Cárdenas y Ramírez Mora consideran que los grandes potenciadores del fenómeno de la corrupción en la contratación pública son: Una vez precisado el concepto de corrupción, el bajo nivel de responsabilidad del funcionario público, falta de eficiencia en la sanción del funcionario venal, poder monopólico del agente corrupto, bajo salario de uno del agente que toma la decisión y vende la función pública y mínimos incentivos dentro del Estado para actuar en contra de la corrupción, lo que lleva a que sea mayor el costo beneficio de ser corrupto, que el de no serlo (Martínez Cárdenas, 2006).

Por otro lado, lo que se ha venido tratando no es asunto menor, ya que las entidades Monitor Ciudadano y Transparencia internacional en el 2016 publican un informe mediante el cual advierte sobre el panorama de la corrupción en Colombia y observa igualmente que de un estudio de 327 hechos de corrupción que habían sido reportados por la prensa nacional y regional en los 32 departamentos Colombia (Transparencia Internacional. Monitor Ciudadano de la Corrupción. Fundación Charles Leopold Mayer, 2019), se pudo observar qué:

La radiografía del país detectó en su mayoría hechos de corrupción administrativa (73 %), corrupción privada (9 %) y corrupción judicial (7 %) como los que más se reportaron entre enero del 2016 y julio del 2018. De los hechos asociados a corrupción administrativa siguen siendo las irregularidades en los procesos de contratación pública el principal problema, ocupando el 46 % de los hechos de este tipo. Por otro lado, llama la atención que los casos de corrupción privada sean cada vez más reportados a través de la prensa. Por ejemplo, en el primer informe del Monitor Ciudadano sobre corrupción en Territorios de Paz, el porcentaje de casos de corrupción privada sólo alcanzó un 4 % (Transparencia Internacional. Monitor Ciudadano de la Corrupción. Fundación Charles Leopold Mayer, 2019).

En este punto se le da razón al tratadista Matallana que considera que el papel del Estado es fundamental para combatir el fenómeno de la corrupción, en el sentido en que dentro de un Estado Social de Derecho que es el que predomina en nuestra Constitución Política la premisa de la aceptación de la corrupción destroza el ideario de una vida digna y una dinámica social pacífica:

Por ello la corrupción no sólo puede aumentar la pobreza a través de la desaceleración del crecimiento económico, sino también a la reducción e ineficiencia de las inversiones sociales. Sistemas sociales con altos grados de corrupción tiene políticas inefectivas y mal focalizadas; adicionalmente, el fenómeno genera costos extraordinarios en la inversión pública y propicia la toma de decisiones sub – óptimas para el interés general. En igual medida, afecta el capital social debido a que tiene efectos sobre la confianza de los ciudadanos, hacia sus organizaciones, y entre el Estado y la sociedad. Una de las consecuencias del debilitamiento del capital social puede ser el aumento de la desigualdad y la violencia, lo que a su vez facilita

la captura y la cooptación del Estado por intereses particulares. Esta captura es el escenario propicio para permitir la impunidad, obstaculizando el desarrollo de balances de poder y de instituciones eficientes en los que las normas se aplican de manera igualitaria, equitativa y orientada por el bien común (Matallana Camacho, 2016)

Lo anterior no quiere decir que el Estado colombiano necesariamente deba estar atado a las redes de la corrupción ni que la contratación administrativa en Colombia necesariamente esté huérfana de los controles necesarios que necesita la democracia, para garantizar los bienes y o fines públicos, muy por el contrario, Colombia cuenta con los elementos necesarios para combatir el fenómeno que va en detrimento de la función pública; pero la idiosincrasia del manejo de la cuestión pública afecta de manera muy grave el tema de la contratación transparente en Colombia, el autor Matallana cita varios casos de corrupción en los cuales se evidencia el uso indebido de la contratación administrativa, señalando las diferentes modalidades en un lenguaje “popular”, modalidades que se señalarán a continuación:

- Hay una modalidad a la que se le llama “SE LE TIENE”, la cual se caracteriza como una forma de evadir la licitación; y consiste en que las asociaciones de municipios contratan con sociedades de carácter civil con poderes exorbitantes, negociando miles de millones de pesos para construcción de todo tipo de obras públicas, suministro de todo tipo de bienes y servicios; lo cual deriva en una desviación de dineros públicos en obras que realmente sólo benefician a entes o personas privadas.
- Otra modalidad consiste en la contratación de empresas que manejan los subsidios para vivienda y el sistema de salud subsidiada, que cobran servicios que en teoría son gratuitos.

- Otra que es muy usada consiste en la asignación a personas de contratos de prestación de servicios o cobro por nombramientos dentro de la administración pública.

- La modalidad llamada comúnmente “Licitaciones exprés”, consiste en amarrar contratos por medio de licitaciones públicas que se establecen de común acuerdo con contratistas privados, los cuales al conocer de antemano los pliegos que van a salir, terminan siendo los únicos que puedan cumplir con las condiciones propuestas, fijando para la misma fecha la presentación de las propuestas, la apertura del proceso, la audiencia aclaratoria y el plazo de formulación de objeciones. Este tipo de licitación es muy común en época de elecciones y sirven para financiar las campañas electorales.

- También se tiene como de uso común las obras con sobrecostos que nunca terminan de ser construidas, llamadas comúnmente elefantes blancos.

- Un modelo de colusión en la contratación pública consiste en la existencia de Contratistas que se ponen de acuerdo para obtener los contratos de la administración, excluyendo de esta manera a terceros dispuestos a participar. Llegando incluso la administración a adjudicar de manera directa los contratos a los diferentes proponentes que se turnan, esta modalidad se llama “carrusel de contratos”.

- La modalidad llamada El “pitufeo de contratos” es uno de los que más se acerca al tema que se está tratando en este trabajo. Dicha modalidad consiste en la firma de pequeños contratos que en realidad conformarían varios contratos, así se puede de mejor manera evadir el principio de contratación objetiva y de igual manera eludir las exigencias de las licitaciones públicas.

- La modalidad de “proponentes suicidas” se usa para suscribir contratos donde se adjudica a un proponente que presenta precios más bajos en los materiales de obras civiles; posteriormente el contratista aduce rompimiento del equilibrio económico culpando a la

inflación y al alza de los precios del cemento; de esta manera la administración declara roto el equilibrio del contrato y reajusta el contrato de tal manera que los precios terminan excediendo la cuantía original del contrato (Matallana Camacho, 2016).

Para Serrano Cuervo la situación se puede resumir en que las modalidades de corrupción se encuentran ligadas al soborno, las recompensas y los incentivos ilegales, con el fin de lograr la manipulación de las decisiones de los servidores públicos, en beneficio de un interés particular; lo que permite que a nivel económico, social y competitivo al Estado colombiano se le cause uno de los daños más graves, puesto que muy buena parte de los recursos del Estado para inversión, se dirigen precisamente a los cumplimientos de los servicios públicos, vía contratación. Lo que compromete la contratación de servicios públicos, la adquisición de bienes y servicios del Estado, el desarrollo de proyectos y demás obligaciones del Estado.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno de la corrupción se debe entender que esta anomalía institucional degenera en una violación al principio de la dignidad humana y a la soberanía de los Estados por cuanto el origen de la corrupción se entiende como la constitución de un problema ético que no solamente implica la vida pública sino también la vida privada en sociedad, pero que en materia de contratación administrativa se evidencia más, por cuanto degenera en una pésima administración pública y en un Estado ineficiente, se evidencia en el fenómeno de la corrupción administrativa una desviación de tipo criminal de valores sociales que aparece en el irrespeto de lo público por cuenta de los intereses egoístas del sector privado, pero también en el abuso de autoridad del espacio vital de la dignidad humana, por cuenta del sector público, el cual ya no se maneja dentro de las esferas del bien común, sino del disfraz del bien privado subrepticio como si fuera del interés de todos (Luna Burgos, 2014).

Con relación a lo anterior, por mandato constitucional del preámbulo y los artículos que van del 1 al 3 de la Constitución Política de Colombia, el Estado Social de Derecho debe proteger el erario contra los abusos de la contratación estatal, esto tiene su asidero jurídico en su artículo 2 en el que establece los fines esenciales del Estado, los cuales son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Pero también proponiendo las pautas mínimas que deben cumplir las autoridades de la República, las cuales están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, en aras de dar cumplimiento a los intereses del estado se pretende a través de los procesos de contratación estatal y basados en los principios constitucionales desarrollar proyectos con miras a satisfacer las necesidades de los ciudadanos, sin embargo estos principios se encuentran muchas veces vulnerados en los contratos de mínima cuantía y en los actos de corrupción ya mencionados (Villar Borda, 2007).

Sin embargo, hay principios que, si bien no son constitucionales o de consagración expresa legal, si tienen nacimiento en la jurisprudencia y son incorporados mediante los tratados de derecho internacional (Convención Americana de Lucha Contra la Corrupción art. 3). Por ejemplo: el principio de planeación no se encuentra tipificado en la ley 80 de 1993, sin embargo puede inferirse de los artículos constitucionales 209, 339 y 341 y de los numerales de la ley 806, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo

30, aunque no fue nominado expresamente en el Estatuto de la Contratación, se desprende de las reglas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al igual que la normatividad administrativa relacionada con la eficacia y la eficiencia de la administración pública.

Salomón Castro se refiere al principio de Planeación estatal en la contratación pública de esta manera:

El principio de planeación, el cual pretende que se elaboren estudios previos para cualquier tipo de modalidad de selección, que determinarán no solo el objeto y sus aspectos técnicos, sino también el porqué de los requerimientos en los pliegos sustentándolos no solo de manera jurídica sino técnica; de la misma forma, la determinación de los riesgos previsible en todos los procesos de selección, los cuales, deberán ser concertados con los proponentes, y para efectos de licitación pública serán discutidos en una audiencia; el principio de objetividad o selección objetiva, en el cual se estipulan los principios de pasa no pasa y de proporcionalidad, el primero, referente a los requerimientos referentes al proponente, los cuales, se consagran en el RUP dándoles el carácter de habilitantes, requisitos a los que no se les dará ninguna calificación sino simplemente la determinación de si pasa o no, dando la oportunidad de subsanar la información entregada, para luego proceder a evaluar la propuesta, estableciendo para cada proceso de selección lo que será objeto de evaluación, el segundo, determina que los requisitos tanto habilitantes como de evaluación deberán ser proporcionales al objeto a contratar. (Salomón Castro, 2008).

Dicho principio se conecta con el principio de selección objetiva en cuanto a que la planeación de las etapas contractuales y precontractuales van dirigidas a garantizar la igualdad de

los proponentes en la participación en los procesos licitatorios, lo que otorga legitimidad en la contratación estatal (Nieves - López, 2017), en cuanto al principio de transparencia, se relaciona con el de planeación en cuanto a que las dos buscan darle una linealidad y una correcta metodología a la contratación estatal, puesto que señala la modalidad de selección del contratista, las oportunidades para controvertir o conocer las actuaciones dentro de los procesos, ayuda a los ciudadanos a realizar el control del proceso contractual, y señala además el proceso concreto para la obtención del contrato, lo que a su vez permite el cumplimiento del principio de publicidad en la elaboración de las etapas precontractuales, pues se hace un proceso público, legal y legítimo (Flórez Castilla, 2018).

La doctrinante Aponte Díaz sostiene que el principio de Planeación irradia el cumplimiento de las funciones por parte del Estado y además hace que sus labores sean más óptimas, lo que hace que el principio mencionado esté presente en varios aspectos de la vida de los administrados en gracia a que la dirección económica influye en la libertad económica de los habitantes del país y en el desarrollo de la función administrativa, que básicamente se convierte en la manera como se desarrolla el cumplimiento de los derechos humanos. Conforme con esto, la doctrinante cita una sentencia del Consejo de Estado Consejo de Estado, sec. 3ª sub. Sec. C Sentencia de febrero 1 de 2012 exp. 22464, en donde se indica según los artículos 29, 209, 334, 339 y 341 de la Constitución Política, que el principio de planeación se relaciona directamente con la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad; sin embargo, tiene en cuenta la doctrinante que no se relaciona solamente con las obras públicas, sino con todo el andamiaje de la función pública y el desarrollo de la administración estatal. Por lo que cita que (Aponte Díaz, 2014):

La planeación en contratación pública está relacionada con cuatro de esos principios: i) de eficacia para que las obras contratadas se ejecuten y pongan en pleno funcionamiento; ii) de economía, visto como la forma de aprovechar al máximo los recursos disponibles; iii) celeridad, en el sentido que las obras se realicen en el tiempo justo y iv) publicidad, para que las obras contratadas puedan ser seguidas por los ciudadanos y los procesos de selección, adjudicación y contratación se estructuren y perfeccionen de forma clara y abierta a la veeduría ciudadana. Estos aspectos para la contratación estatal se concretan en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, que corresponden a los principios de transparencia, economía y responsabilidad. De otra parte, el artículo 209 constitucional, cuando invoca los principios de descentralización, delegación y desconcentración de funciones, faculta a las entidades públicas para que ejerzan autónomamente su gestión y gobierno de unidad orgánica, acatando la Constitución y la ley; para que ejecuten sus propios presupuestos y cumplan con sus planes de desarrollo, contratando las obras que requieran, para el desarrollo de su misión y función administrativa, acorde con el ordenamiento.(Aponte Díaz, 2014)

De acuerdo al mismo tema se ha referido el Doctrinante Matallana de esta manera:

Otro aspecto importante a resaltar de este estatuto de contratación es el consagrado en el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y que fue modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011, en donde se obliga a las entidades estatales con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o la firma del contrato según el caso a elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones.

Se establecía una excepción a esta regla cuando el objeto de la contratación fuera la construcción o la fabricación con diseños de los proponentes. Es necesario aclarar que parte de la modificación que sufrió este artículo se encuentra justamente en el hecho de que a pesar de que la entidad estatal contrate conjuntamente los diseños y la construcción deberá tener plenamente sus propios diseños para ordenar la apertura del proceso de selección (Matallana Camacho, 2016, p.369).

En la jurisprudencia del Consejo de Estado, como se verá más adelante, también se ha sentado dicho principio con el ánimo de evitar que la parte que ha alterado el equilibrio del contrato por la falta de planeación del mismo, pueda en determinado momento exigir el equilibrio del negocio jurídico del Estado, la doctrina además ratifica un cerco para que la entidad administrativa no pueda bajo la presunción del principio del bien común favorecer intereses egoístas que puedan ligarse con la corrupción administrativa, pues es indispensable que una parte que reclama la restauración de determinado equilibrio financiero no pueda alegar su propia torpeza, en los costos derivados de la negligencia y la ineptitud. Por tanto, se puede deducir que los hechos que rompan el equilibrio del contrato con el Estado sean completamente ajenos y por tanto inimputables al contratista (Roa Fonseca, 2016).

El Consejo de Estado, respecto del principio de planeación se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, solo para citar algunas:

En materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de

selección, encaminados a determinar, entre muchos aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores, y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende o requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de los recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración del pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional e internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretende celebrar. (Consejo de Estado del 29 de agosto de 2007 (rad. 14.854)

De este modo el Consejo de Estado indica que el principio de planeación se encuentra desarrollado en la ley 80 de 1993, y la Ley 1150 de 2007 ha dispuesto su aparato normativo con

la dirección a fortalecerlo, además que el principio de Planeación se tiene como uno perteneciente a las estructuras primordiales para la expedición del Decreto Ley 222 de 1983.

Así, se puede observar que las modalidades que más se conocen de corrupción y la corrupción misma en la contratación y en el desarrollo de la administración pública, están plenamente dirigidas a trastornar el cumplimiento de la planeación de la función pública, bien sea por desviación de poder, o por una mala aplicación de los principios que guían la función pública y la contratación, pues sea con omisión, acción o negligencia; la contratación y la contratación de obras públicas en cualquiera de sus etapas, que no pueda garantizar la igualdad de condiciones, directamente va a afectar la planeación del contrato, su publicidad, su transparencia, la moralidad administrativa y la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio público; y eso se verá en el capítulo posterior, sobre cómo el fraccionamiento del contrato afecta el principio de Planeación de los negocios jurídicos de la administración.

1.3 La unidad natural del objeto y la planeación.

Hay autores como Amaya Rodríguez, que señalan que el principio de planeación de los contratos no está expresamente tipificado en la ley 80 de 1993, lo que sin embargo no significa que el mismo no sea parte del derecho positivo, pues el mismo se puede deducir de los deberes del Estado en el control de la contratación pública, situación que es pertinente para esta investigación, ya que de la mala planificación estatal aparece que se desvirtúe la contratación de mínima cuantía, convirtiéndose en un contrato de menor cuantía al uso de los administradores públicos y de los mismos contratistas:

Todo proceso requiere de planeación con el fin de identificar las diferentes etapas, insumos necesarios, responsables, posibles riesgos, entre otros aspectos que permitan una mayor eficacia y eficiencia de cualquier proceso en la esfera de la actividad contractual privada y pública. En el campo de la contratación estatal, el principio de planeación se presenta entonces como el faro en la delimitación de los aspectos procesales de esta expresión de la función administrativa que deben ser evaluados y tenidos en cuenta durante las diferentes etapas del proceso de contratación pública. El mencionado principio se construye de la mano de los principios de transparencia y eficiencia, pues garantizan que los interesados en el proceso, conozcan todos los aspectos relevantes sobre el ya mencionado proceso, dando así cuenta de una de las máximas que se formulan en el ámbito de la contratación estatal, la cual consiste en que nada puede ser dejado a la improvisación, salvo esta, las situaciones que se construyen sobre la base de los conceptos de fuerza mayor y el caso fortuito. La planeación se entiende como un insumo de vital importancia por todos los aspectos que envuelve y que se deben desarrollar a fin de poder cumplir, a cabalidad, los fines de la contratación estatal (Amaya Rodríguez, 2016).

Esto corresponde a lo que ha señalado el Consejo de Estado con respecto al principio de planeación:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo

negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden. (Consejo de Estado de Colombia, 2012)

Con el fin de conectar los principios de transparencia, eficacia y planeación y además con el fin de agilizar los procesos de contratación, se creó por parte del Congreso de la República con el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, una nueva modalidad de selección denominada mínima cuantía la cual procede en todos los casos en los que, con independencia del objeto particular, se adquieran bienes, servicios y obras cuyo valor no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad contratante. Esta modalidad fue motivada en el debate legislativo sobre la base de que se trata de un procedimiento que resulta "bastante ágil y garantiza la pluralidad de oferentes, sin embargo, se crea controversia teniendo en cuenta la diferencia entre la regla general que es la licitación pública y el procedimiento de mínima cuantía (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2017).

Sin embargo al simplificarse los procedimientos administrativos, los requisitos son menores y no se determinó la clase de contratos que pueden realizarse por esta modalidad; solo quedó el criterio objetivo del valor económico del contrato, así las cosas los riesgos respecto de la moralidad administrativa y al bien jurídico de la correcta marcha de la administración pública son latentes, pues hay una probabilidad alta de que se pueda dar lugar a que se no se exijan las condiciones mínimas en las licitaciones y en los contratos de obra pública, donde el factor a

evaluar debe ser las condiciones de experiencia y las calidades del contratista, se tiene en cuenta ahora es el menor valor para este caso de contratación, de lo cual puede surgir que en desarrollo del contrato se adicione el mismo por el 50% del contrato inicial, por lo anterior lo que de forma inicial era un contrato de mínima cuantía en el fondo mutaría en uno de menor cuantía, lo que evidenciaría una violación a los principios y los postulados en materia de contratación estatal, en específico el de planeación y por supuesto el de transparencia. Teniendo en cuenta que el derecho a la moralidad administrativa es el derecho que tienen los ciudadanos a que los dineros públicos se manejen de manera correcta y conforme a como la ley lo exige (Bejarano Roncancio, SF).

La desnaturalización de la modalidad de mínima cuantía se puede presentar por las adiciones presupuestales, pues inicialmente un procedimiento de mínima cuantía que conlleva requisitos mínimos, sirve para enmascarar un verdadero contrato de menor cuantía, el cual debería haber pasado por el tamiz de la selección abreviada, del cual se han obviado los requisitos abreviándose o simplificándose la manera de contratación.

Por otra parte es recurrente encontrar varios contratos de mínima cuantía ejecutados sobre una vía, realizándose un contrato para determinado número de kilómetros, en un caso claro de evasión de una licitación pública que podría abarcar la totalidad del tramo y por ende presentarse un fraccionamiento de contrato consistente en la celebración de varios contratos que por la estrecha relación entre sus objetos, bien podrían haber hecho parte de un único acuerdo, y comúnmente es utilizada para eludir los procedimientos de selección de contratistas (Consejo de Estado., 2017).

Se trata de un comportamiento que tiene consecuencias penales, la Sala Penal de la Corte tiene claro este concepto y lo ha materializado en diferentes decisiones, basta mirar lo que

anteriormente se ha citado, además se encuentra prohibido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues contradice abiertamente “la regla contenida en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto”(Consejo de Estado., 2017). La anterior sentencia con radicación 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767) de la Sala Tercera Subsección C con ponencia de Olga Mérida Valle de la Hoz, del año 2011, tenía tres problemas jurídicos a resolver: Si el Principio de Planeación se encuentra vinculado directamente a la ejecución administración pública; si estando vinculado éste se viola con el fraccionamiento del contrato, frente a cuáles principios se encuentra ligado el principio de planeación y cuáles son las consecuencias de la violación del principio de Planeación en la ejecución de un contrato en cualquiera de sus etapas, si los contratantes se vieron incurso en la modalidad del fraccionamiento del contrato.

De ahí que los contratos de mínima cuantía pueden desdibujarse en procedimientos que continuamente consisten en la negociación de varios contratos de mínima cuantía, que de un momento a otro sumadas las cifras se convierten en contratos de menor cuantía, lo que conlleva a que los controles no se puedan realizar de manera correcta pues se presenta una modalidad de contratación diferente a la que en realidad se requería según la modalidad de la obra.

Ahora bien, según lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-713/09 los procesos de contratación estatal tienen dos directrices muy claras, la primera consiste en que no es un fin en sí mismo sino un medio para lograr fines estatales superiores:

El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado. (Corte Constitucional Colombiana, 2009)

La segunda directriz consiste en indicar que el fin de ese instrumento administrativo en manos del Estado (como lo es el contrato estatal), se asocia al cumplimiento del interés general, es decir, por medio del contrato administrativo como por medio de los demás poderes de la rama administrativa (Actos administrativos, operaciones administrativas etc.) se prestan los servicios públicos a cargo del Estado y demás deberes públicos, esto dijo la Corte en sentencia C-713/09(Corte Constitucional Colombiana, 2009).

1.4 La contratación de mínima cuantía y el contrato de obra.

Se tiene como la Contratación de mínima cuantía, aquella que no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad, sin importar su objeto. Sus etapas son las siguientes. A. Viabilidad técnica, es decir, que el objeto del contrato sirva para garantizar el desenvolvimiento del plan de

desarrollo. B. Estudios Previos. C. Disponibilidad Presupuestal. D. Acto Administrativo Justificando el proceso de selección. Aceptación de la Oferta por parte de quien cumple los requisitos habilitantes y haya ofrecido el menor precio (Matallana Camacho, 2016, p. 820, 821).

Los requisitos que no se tienen en cuenta en estos procesos de contratación son:

- El RUP o Registro Único de Proponentes, ya que son las entidades las que deben averiguar los requisitos habilitantes a que haya lugar.
- No se tiene en cuenta el contenido mínimo de los estudios y documentos previos, aviso de convocatoria y de los pliegos de condiciones.
- No hay lugar a otorgar puntaje por cuestión de incentivo a la industria nacional.
- En estos procesos no puede limitarse a MIPYMES.
- No se puede establecer la capacidad residual ni solicitarla a los participantes en los procesos de mínima cuantía de obra pública
- Los requisitos para que se configuren los contratos de mínima cuantía son: Oferta del proponente y aceptación por parte de la entidad gubernamental. (Colombia Compra Eficiente, 2016). Bahamón Jara aclara frente a esta modalidad de contratación lo siguiente:

Esta modalidad de contratación no constituye en sí un procedimiento especial, sino un mecanismo de selección con unos requisitos menores, con la finalidad de agilizar el proceso de contratación y atender de forma eficiente. En concordancia con lo estipulado en el Decreto 734 de 2012 no es posible solicitar que los contratantes estén inscritos en el RUP; de allí que esta modalidad permita contratar con las grandes superficies para garantizar la economía en la celebración del contrato, sin que sea necesario publicar la invitación a participar en la página de la entidad que pretende la celebración del contrato. Como características de esta

modalidad, el reglamento prevé que solo debe verificarse el cumplimiento de los requisitos habilitantes de la propuesta con el menor precio. En caso [de] que en la propuesta falten documentos que acrediten estos requisitos, la entidad no podrá rechazar al proponente (artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012) y deberá requerirlo para que subsane. Otra particularidad de esta modalidad es que no es obligatorio exigir garantías, de acuerdo con el objeto del contrato y la forma de pago. Debe tenerse en cuenta que muchos de los bienes y servicios que se adquieren en el comercio están amparados por la denominada “garantía mínima presunta”, que contempla el Decreto 3466 de 1982. (Bahamon Jara, 2018).

Ahora bien, en Concepto 2386 de 2018 de la Sala de Consulta y Servicio Civil se define los contratos de obra, conforme al numeral primero del artículo 32 del estatuto de contratación, como los que celebran las entidades públicas y cuyo objeto son la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, sin que se determine necesariamente la forma del pago o la manera en que deba ejecutarse, con el fin de definir dicho negocio jurídico. En este caso la definición del contrato de obra tiene una tipificación que se relaciona necesariamente con mejoras de bienes inmuebles. Conforme la anterior definición no se puede hablar de contrato de obra de tipo estatal cuando se trate de contratos que versen sobre bienes muebles, lo que llevaría a que aquel contrato que se relacione sobre bienes no inmuebles sea de prestación de servicios (Rama Judicial del Poder Público. Consejo de Estado, 2018).

La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal

y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993. La definición referida acoge un concepto restringido para señalar el contrato de obra, lo que distancia del género obra pública, la especie de contrato de obra; así, si bien el contrato de obra es una obra pública, la diferencia radica en que el contrato de obra tiene como objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, y que conlleva dentro de su conjunto de objetos jurídicos la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de cualquier bien inmueble estatal, o por lo menos que conlleve el interés público, para lo cual caben también los siguientes verbos rectores: construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición, de los inmuebles destinados al uso y al bien común. La norma que contiene el artículo 32 es similar a la clasificación del artículo 232 del estatuto contractual público de la legislación española, la cual clasifica las obras públicas en la legislación española, cuales son: “obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación, obras de reparación simple, obras de conservación y mantenimiento y obras de demolición”. (Rama Judicial del Poder Público. Consejo de Estado, 2018).

En el mismo concepto se observa que es el contrato de obra pública el tipo más usado dentro de la administración pública, y se entiende el mismo bajo el concepto de un negocio de tipo riesgo ventura, pues el contratista asume el alea normal del contrato, mientras que el Estado asume el alea anormal, con el fin de mantener el equilibrio financiero de la contratación. En dicha relación de riesgos el contratista asume la obtención del resultado final, la entrega en el plazo de la obra terminada, y el costo que se supone se tuvo para llegar al mismo; ahora bien, de acuerdo al principio del interés general, la norma existente dentro del derecho civil sufre alteraciones en la contratación privada, pues permite modificarse el contrato cuando se surten

situaciones anormales, e independientes del contratista, que alteran el equilibrio financiero del prestador de la obra; así, cuando se da el alea anormal el contratista tiene derecho a que se le reestablezca la pérdida sufrida por la situación normal e imprevisible y a que se le dé una recompensa económica (Rama Judicial del Poder Público. Consejo de Estado, 2018).

Así el Consejo de Estado frente al cumplimiento del contrato de obra con respecto al inicio y a la entrega de la obra ha establecido:

Se advierte que la obligación de evitar la mayor onerosidad del contrato y el aplazamiento injustificado de la ejecución existe por virtud de la ley y se viola por la entidad contratante cuando no permite iniciar la obra y se niega sin razón alguna a suscribir el acta de inicio frente a la contratista que ha cumplido con todas las condiciones para ejecutar el contrato. Desde ese punto de vista, aún frente a la ausencia de un plazo pactado para firmar el acta de inicio de obra, se entiende que existe un término razonable para cumplir con la firma del acta de inicio de obra, por ejemplo, con apoyo en el artículo 1551 del Código Civil o el artículo 855 del Código de Comercio, según se pueda establecer de acuerdo con el contenido contractual. (...) el departamento del Magdalena corrió con la obligación de conseguir los recursos para el pago del contrato y que máximo habría podido demorar la iniciación por un plazo de 60 días a partir de la firma, con apoyo en la demora en los trámites de la financiación. Por esta razón, no existió una justa causa de aplazamiento indefinido para permitir la reiniciación de las obras, ni siquiera frente a la demora o negativa de FINDETER en efectuar los desembolsos (Consejo de Estado., 2015).

Así el contrato de obra pública goza del beneficio del equilibrio económico o financiero del contrato, que consiste en el mayor pago y la retribución a la contratista cuando se presentan situaciones extracontractuales que no pudieron prevenirse antes de la asunción definitiva de los riesgos del contrato, en la etapa precontractual:

El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma. (...) Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una

medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes. (Consejo de Estado, 2014.)

De Acuerdo a la legislación anterior a la ley 80 de 1993, el contrato de obra pública tenía una clasificación (decreto ley 222 de 1983), conforme se tiene de concepto ya citado, y si bien la vigente ley 80 de 1993 no tiene una clasificación como tal, eso no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia acojan la misma que ya existía: la cual se resume en contratación a precio unitario, a precio global, por administración delegada y por el sistema de reembolso de gastos.

No obstante, la categoría de contratos de obra más utilizada y la más importante para el tema que se trata es la unidad de pago por medida o como la jurisprudencia lo define, de cantidades de obra variable con precios unitarios constantes o fijos, el cual es la que más se pacta, conforme al principio de la autonomía de voluntad. Así dicha modalidad de pago concreta la obligación de pago de la entidad estatal, de acuerdo con las cantidades de obra que se ejecutan efectivamente, y se cancelan conforme con los precios unitarios pactados. Conforme con esto se encuentra la dificultad de definir plenamente desde un principio su verdadero valor comercial, por lo cual se establecen unas estimaciones de cantidades de obra, según los estudios previos y unos precios unitarios de los respectivos ítems de obra, pero, es solamente un valor estimado, pues el valor definitivo y que corresponde al deber del Estado reconocerlo y pagarlo, resulta de multiplicar las cantidades de obra estipuladas por los precios unitarios pactadas en el contrato. Por lo tanto, uno es el valor estimado del contrato y otro el valor real, según las mayores o menores cantidades de obra que efectivamente ejecute el contratista para cumplir el objeto pactado. Se puede afirmar

que en esta modalidad la entidad estatal asume el riesgo de pagar las diferencias en cantidades de obra que realmente se ejecuten, siempre y cuando no exista modificación alguna en los ítems y prestaciones pactadas.

Estos contratos pactados a precios unitarios se diferencian de los contratos a precios global, pues en estos últimos, el contratista obtiene como remuneración una suma global fija, independiente de las mayores o menores cantidades de unidades que se ejecuten y, por ende, el contratista asume los riesgos de las diferencias que surjan en las cantidades de obra y es responsable de su culminación por el precio pactado, que corresponde al precio real y definitivo. Sin embargo, se observa como ventaja que el Estado sólo se obliga a pagar las cantidades de medidas realmente ejecutadas dentro del contrato. Lo que obliga a que sea la entidad contratista la que deba probar en cualquier momento, el desequilibrio económico proveniente de la ejecución del contrato, es decir, la presentación del alea no previsto en las etapas precontractuales (Rama Judicial del Poder Público. Consejo de Estado, 2018).

Ahora bien, existe un concepto que no es obligatorio incluirlo dentro del contrato, pero que suele incluirse como una manera de estimar el aleas normal del contrato y proyectar los riesgos que no son normales dentro del mismo, ese concepto se llama Administración, Imprevistos o Utilidades, o AIU. Por tanto, el concepto del A.I.U. generalmente está cuantificado en algunos contratos, de manera independiente al valor de los precios unitarios de obra, como un porcentaje del costo total de la obra, aunque como ya se dijo, al no ser una cláusula necesaria para la existencia y la validez del contrato. Ahora bien, el concepto administración se refiere a los costos indirectos, puesto que los costos directos sí deben aparecer dentro de los costos de la obra, en el caso del que se habla, en el costo de análisis de los precios unitarios. El aspecto de los

imprevistos corresponde al cubrimiento de las contingencias naturales que puedan presentarse en la ejecución de la obra (Rama Judicial del Poder Público. Consejo de Estado, 2018).

El concepto de utilidad corresponde al valor que el contratista ha estimado como utilidad del valor de ejecución de la obra, esa estimación sirve como presupuesto para considerar dentro de una demanda la indemnización a la que tendría derecho, en caso de una controversia contractual; el concepto de AIU suele pactarse en el valor total de la oferta o discriminada en el valor de los precios unitarios, y se usa generalmente cuando el contrato de obra es de tracto sucesivo. (Rama Judicial del Poder Público. Consejo de Estado, 2018).

Parte de la doctrina en Colombia diferencia los conceptos de la obra pública, dentro del contrato de obra pública, por lo cual para la misma se generan dos conceptos jurídicos que son la obra pública y el trabajo público, así el trabajo público implica los trabajos realizados directamente por la administración, igualmente el trabajo público conlleva dentro de sus significación los trabajos realizados por particulares de concesiones de obra pública, los trabajos realizados por particulares mediante sistemas mixtos de contratación, la ejecución de trabajos realizados por particulares por medio de contratos de obra pública con la administración.

Así la diferencia entre el contrato de obra y el trabajo público consiste en que el trabajo público es la cosa, el objeto contractual, mientras que la obra pública es la especie del contrato, no obstante Bahamón Jara encuentra varias diferencias: a. Que la obra pública no siempre sale de un contrato de obra pública, b. No todo contrato de obra pública lleva a que se crea una obra pública, c. no todos los contratos de obra pública derivan en la consecución de dicha obra. d. Existe una clasificación de los contratos que clasifica a los contratos en precios unitarios y precio global. El primero exige un pago por avance entregado y el último exige un pago total por la

obra, lo que corresponde por tanto a que el contratista sea responsable por la vinculación de personal, elaboración de subcontratos y obtención de materiales (Bayamón Jara, 2018).

2. Fraccionamiento del contrato

El fraccionamiento del contrato resulta de la construcción de varios negocios jurídicos con la administración, los cuales están ligados entre sí por su objeto, de tal manera que podrían haber sido recogidos en un solo objeto contractual; dicha modalidad, comúnmente puede ser usada para evadir procesos licitatorios con otros contratistas, sus elementos comunes son: La desviación de poder y el desconocimiento del principio de economía y demás principios ya reseñados en esta tesis, puesto que para la administración pública es más beneficioso realizar un contrato con el objeto unificado. La prohibición y el detrimento se expresa en que cuando un contrato se fracciona se está eludiendo los procesos de selección objetiva, y se está engañando a los ciudadanos sobre el objeto de la adjudicación del contrato. La fuente se establece en la violación del numeral 8 del artículo 24 de la ley 80 de 1993. (Consejo de Estado, 2011).

2.1 Desde el interés público

Por norma general el poder de la administración consiste en obrar unilateralmente y ser obedecida sin discusiones; puesto que sus decisiones se presumen legales y hasta que la jurisdicción contenciosa no lo determine, el imperio de su voluntad se entiende suficientemente fuerte para imponer sus decisiones, sin embargo a nivel de contratación estatal se atenúa dicho

poder; puesto que parte de las presunciones del derecho común privado, lo que obliga a que dichas contrataciones tengan la presunción de la bilateralidad, que si bien, por la normatividad y los principios de los negocios jurídicos estatales están estrictamente reglados, no deja de implicar la posibilidad de la manifestación de la voluntad de quienes contratan con el Estado (Rodríguez, 2015).

Ahora bien, a diferencia de la contratación privada, la contratación estatal trae consigo un principio prevalente, que a la vez es un fin del Estado, que es la prevalencia del interés general; ante esto la Corte Constitucional ha preceptuado:

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado. (Corte Constitucional, 2009).

Así, por regla general, en Colombia, se tiene que todo negocio jurídico en donde intervenga la Administración Pública reglada por la ley 80 de 1993, exceptuando los contratos de la administración reglados por el derecho privado, será concebido dentro del régimen de la

contratación estatal; aun cuando se establezca que los contratos que sean suscritos por las entidades del Estado deban conforme a la ley 80 de 1993 reglarse en el marco de la bilateralidad que están conformes a las disposiciones comerciales y civiles, teniéndose que la mayoría de contratos estatales respondan a los fines del interés público pero en alguna medida también a los medios del interés privado (Palacios Oviedo, 2016).

En los términos de la Contratación estatal existen varias vertientes, de acuerdo a lo normado para esta forma de actuación de la administración en cada país; en Colombia por ser un país con tradición legalista francesa y española y además por estar inmerso dentro del sistema del Civil Law derivado del derecho romano, conserva un derecho especial para regular las actividades de la administración, esto es, que se incluyen normas especiales para el tema de la contratación administrativa (Rodríguez, 2015).

La ESAP avala la tesis de la contratación estatal en Colombia como rama del derecho administrativo, la cual como se dijo, parte de los presupuestos de la autonomía de la contratación, pero se regula por principios del derecho público, los cuales tienen un carácter especial:

Toda la contratación de la ESAP debe tener en consideración los fines y principios previstos en la C.N., y en las leyes, así como las demás normas que las adicionen, modifiquen, reglamenten o sustituyan, los mandatos de buena fe, igualdad, buena administración, eficiencia y transparencia. Así mismo, se desarrollan de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, la gestión fiscal y la contratación pública, al tenor de los cuales son aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflictos de interés, y los principios generales del

derecho. Es por esto, que las actuaciones de quienes intervengan en el Proceso de Contratación de la Entidad, se desarrollen de acuerdo a los principios ya definidos normativa y jurisprudencialmente (...) (ESAP, 2018, pág. 8).

Ahora bien, los negocios jurídicos del Estado tienen un estudio y una reglamentación diferente a las del derecho privado, por cuanto las negociaciones que hacen los entes estatales tienen un componente que está dirigido exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones constitucionales, además dejar al arbitrio del Estado las formas de contratación estatal como si fuera una persona natural o jurídica común y corriente, puede llevar a que los intereses del gobernante sean los que primen sobre los de la nación, y más teniendo en cuenta como lo indica Libardo Rodríguez es el gran poder de la administración el poder obrar unilateralmente, por tanto con el fundamento que trae dicha facultad la administración realiza la mayoría de sus actos, ya que la teoría indica que es el poder constituyente quien le entrega al Estado la administración de obrar de manera voluntaria y soberana, aunque con controles, además de esto existe la incidencia del poder político, el cual por su fuerza permite a un Estado como el colombiano a imponer sus actos, incluso puede hacerlo de manera bilateral mediante las cláusulas exorbitantes de la contratación estatal, las cuales se encuentran prohibidas en la contratación privada común (Rodríguez 2015). Excepto, que como ya ha dicho el Consejo de Estado en ponencia del Doctor Ramiro Pazos guerrero, los contratos estatales se rijan por normas del derecho privado: la facultad de ejecutar o hacer cumplir de manera unilateral las cláusulas de un contrato constituye la característica distintiva de las cláusulas excepcionales o exorbitantes. Esa potestad de cumplimiento no puede ser ejercida de manera unilateral cuando la relación contractual se encuentra sometida a las reglas propias del derecho privado, en las que no se permite -salvo en

ciertos casos expresamente previstos en la ley- que las partes contratantes ejecuten o hagan cumplir las disposiciones pactadas. (Estado., 2014)

No obstante, la normatividad colombiana tiene ciertos criterios que se acercan a lo determinado por el derecho privado, por ejemplo, el artículo 13 de la ley 80 de 1993 en concordancia con el 77 ibidem, siempre y cuando no riñan con el interés público, sin dejar de indicar que las disposiciones del Código de Procedimiento Civil hoy General del Proceso son las que rigen a falta de normatividad especial; esto a tal punto que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 indica que los contratos estatales pueden ser los previstos en el derecho privado y son derivados de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando se requieran para el cumplimiento de los fines estatales. Además, que las controversias que sucedan se deben dirimir primero por los mecanismos de solución previstos en la ley, es decir la conciliación, transacción, conciliación etc. Conforme al artículo 68 del estatuto contractual colombiano (Rodríguez, 2015).

Por otra parte, como ya se venía diciendo en la contratación administrativa se sigue un régimen especial en muchos aspectos totalmente diferentes al de la contratación privada, es decir, la teoría del negocio y el acto jurídico de las personas del derecho privado es diferente a la de los negocios del Estado, pues la normatividad es diferente y los conceptos manejados a partir de la doctrina y la jurisprudencia son bien diferentes. Véase, por ejemplo:

- La regla general en la contratación administrativa no es la consensualidad de los negocios, por el contrario, en pocos casos prima la contratación directa y es requisito como se habló en el primer capítulo, que los contratos administrativos sean escritos (art. 39 Ley 80 de 1993); además los acercamientos precontractuales en el derecho privado tienen libertad de forma, mientras que como se vio en el primer capítulo de éste trabajo, cada forma de

contratación estatal tiene una reglamentación especial, incluso aquellos negocios que se rigen por el derecho privado. (Palacios Oviedo, 2016).

- La contratación administrativa por disposición legal es más difícil, pues debe seguir los complejos procedimientos de la ley 80 de 1993 y para cada tipo de contratación se observa una metodología diferente; mientras que por norma general se entiende que los contratos en el derecho civil corresponden en mayor medida a la voluntad de las partes, con la menor intervención de las normas (C.C. 1618) y con la prevalencia de la intención de las partes, lo que conlleva a que se interprete en la mayor parte de los casos los contratos por preferencia a que exista la producción de efectos (C.C. 1620). (Palacios Oviedo, 2016).

- La contratación administrativa exige que por lo menos una de las partes sean entidades o del Estado o que comprometan su responsabilidad contractual.

- Por último, como ya se dijo, la contratación estatal busca el beneficio social y el cumplimiento de las obligaciones estatales, en cambio, en la contratación privada, generalmente se busca el interés particular. Ante esto dice Arana:

En este sentido, la importancia de los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, publicidad, concurrencia, racionalidad u objetividad, nos ofrecen un panorama general, al menos en la teoría, que ayuda a diseñar un cuadro global de la contratación pública a partir de una serie de principios siempre viejos y siempre nuevos, como los que hoy nos muestra el Derecho Comparado en la materia. En realidad, la existencia de fondos públicos, de todos, obliga a que los poderes adjudicadores busquen las ofertas mejores para todos, desde el punto de vista legal y desde el punto de vista de la

técnica. En el seno de la UE, por ejemplo, la normativa en materia de contratos públicos ha evolucionado en esta dirección, hasta el punto de que bien puede decirse que el Derecho de Contratos de la UE es un Derecho en el que se pone de manifiesto que, en efecto, la vinculación del Derecho Administrativo al principio de promoción de los derechos ciudadanos debe ser una realidad. (Rodríguez Arana, 2011, pág. 14)

Por tanto, si se tiene en cuenta que en los países que tienen un derecho administrativo, se puede observar cómo existe un derecho especial para regular las actividades de la administración, incluyendo la constitución de una base de derecho contractual, así, los contratos que el Estado celebra son de dos clases, en la primera categoría el Estado actúa como sujeto de derecho privado, es decir, para lo cual el nacimiento del contrato resulta de derecho común, o de derecho privado, sólo que una de las partes es la administración pública. En la segunda categoría la administración celebra contratos por medio de los hay un reflejo de la condición fuerte de la administración con respecto a los particulares, con las capacidades que da la ley, como por ejemplo las cláusulas exorbitantes y la posibilidad de terminar los contratos sin necesidad de la intervención judicial (Rodríguez, 2015).

Ahora bien, hay autores que tienen posiciones más claras cuando de la contratación pública se trata, por ejemplo, Bahamón Jara:

La contratación estatal tiene como propósito la regulación de todos los procedimientos adelantados por las entidades estatales para la satisfacción y cumplimiento de los fines misionales del Estado mediante la celebración de un contrato, el cual, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, no solo debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de todo contrato establecidos en el Artículo 1502 del Código Civil, sino también con una serie de

particularidades que conllevan a su configuración como un contrato de la Administración, a saber:

- La ejecución de una obra, la prestación de un servicio público o cualquier otra contraprestación cuyo objetivo sea el fomento de los intereses o la satisfacción de las necesidades de la población como objeto del contrato.

- Para que un contrato devenga en administrativo, debe comprender la participación de un órgano estatal o de un ente de carácter público en ejercicio de la función administrativa.

- El contrato debe ser por naturaleza adhesivo, sea por la existencia de un contrato macro o por la limitación de las condiciones y los requisitos por parte de la Administración, como resultado de la elaboración unilateral de las cláusulas contractuales por el Estado.

- La existencia de prerrogativas especiales de la Administración que, si bien se encuentran delimitadas en su alcance por la constitucionalización del derecho administrativo, subordinan al interés público los principios de la contratación privada como la autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes (Bahamón Jara, 2018, págs. 15 - 16).

Sin embargo, Rodríguez observa ciertas diferencias en los procesos de contratación administrativa y hace más diferenciaciones; en primer lugar, observa que las normas de contratación son dadas por el derecho público en cuanto a normas y principios, las cuales pueden venir del derecho privado, pero en muchas ocasiones son muy diferentes; en éste sentido un contrato administrativo tiene una competencia judicial diferente, por lo que el juez competente es el administrativo, al contrario del juez competente en el derecho privado, el cual es de derecho procesal civil (2015).

Por tanto, hay varios criterios para determinar la existencia de un contrato estatal y la existencia de un contrato de derecho privado, el primero es la ley quien indica de manera directa que el contrato es de tipo administrativo o determina de manera indirecta cuando asigna la competencia al juez administrativo. En cuanto al segundo criterio que es jurisprudencial se tiene que son las partes del contrato las determinantes, para lo cual se exige que una de las partes sea un entidad pública, o por lo menos que una de las partes privadas actúe en representación de una entidad pública Partes del contrato, teniéndose como requisitos que el objeto sea la ejecución de un servicio público, como por ejemplo un contrato de obra, del cual se hablará posteriormente ya que es el tema de éste escrito; por otro lado también es requisito que el contrato tenga unas cláusulas especiales que no se permiten en el derecho privado porque podrían verse como leoninas y que se dirija dichas cláusulas a un interés común (Rodríguez, 2015). La Corte Constitucional maneja los siguientes criterios:

Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las Entidades Estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran. (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

Libardo Rodríguez interpreta que tanto como la doctrina como la jurisprudencia en Colombia aplican los criterios del derecho francés cuando se da prelación y predominio a la existencia de

cláusulas exorbitantes dentro del contrato estatal, en especial a la cláusula de caducidad, como criterio diferenciador de los contratos administrativos frente a los de derecho privado (2015).

Así explica la Corte Constitucional la Cláusula de Caducidad propia y determinante del Derecho Público:

Como la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos donde el Estado es parte, no es propia de la facultad sancionatoria que se le ha reconocido, sino de su especial condición, que lo faculta para dar por terminado un contrato, no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo en donde el contratista y los terceros que puedan estar interesados en la ejecución de éste, deban ser escuchados sobre la procedencia o no de esta cláusula, pues ella, en sí misma, debe responder a hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal, en el acto administrativo que se profiera para el efecto (Corte Constitucional, 1998) .

Con esto la Corte Constitucional deja en claro que, a diferencia de la contratación privada, en la contratación administrativa sólo el Estado puede interponer dentro de su contratación de manera unilateral y que se entiende de aplicación inmediata, la forma interpretativa de los contratos y además la terminación unilateral del mismo:

Y es este acto, el que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso - administrativa. La comprobación de tales hechos, es producto del seguimiento de la ejecución del contrato que está obligado a realizar el ente estatal, por medio de visitas, requerimientos e informes que le

permitan determinar la forma en que se está cumpliendo lo pactado. Seguimiento en el que ha intervenido el contratista y que le permitirá a la administración adoptar la decisión correspondiente. En estos casos, el contratista debe poder participar en estas visitas, acceder a los informes que, sobre el cumplimiento del contrato, puedan estar efectuado terceros o la misma administración, gozando de la oportunidad para rebatirlos. Igualmente, está participando cuando rinde o responde requerimientos sobre el cumplimiento de sus obligaciones, etc., y si bien no existe un procedimiento específico previo para la declaración de caducidad, estos pasos previos se constituyen en el mecanismo que le permite al contratista conocer de la inconformidad que sobre su conducta contractual puede tener el ente estatal correspondiente. Sí existe, en estos casos, una intervención activa del contratista y, son estas "actuaciones previas", las que han de considerarse como el procedimiento que la administración debe agotar para declarar la caducidad, permitiéndose la audiencia del contratista, garantizando así, su derecho a conocer y participar en la decisión de la administración. (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Estas cláusulas exorbitantes fueron puestas en la vida jurídica colombiana a partir de 1975 mediante la ley 28 de 1974, pues el legislador le confirió al ejecutivo facultades extraordinarias para dictar normas especiales en materia de contratos suscritas por la administración, para de esta manera lograr el establecimiento de un régimen armónico y global, así que se expidió el primer estatuto contractual del Estado, y se logró transformar la legislación en cuanto a que los actos de la administración no pasaban de ser contratos privados de tipo estatal, que es una característica del régimen jurídico administrativo colombiano; dichas cláusulas aún son aplicadas de acuerdo al régimen de la ley 80 de 1993 (Rodríguez 2015). Sin embargo, estas cláusulas exorbitantes se explican por la diferencia de posiciones de los contratantes, para lo cual es el fin

general y la representación de la sociedad la que persigue el Estado, mientras que es para el contratista privado el interés principal el fin lucrativo (Regueira, 2017).

Con respecto a lo anterior se tiene que los contratos estatales tienen características o reglas especiales, de las cuales se pueden indicar las siguientes:

1. Aparte de las reglas del derecho común, se puede decir que la capacidad de los particulares para contratar se limita por una serie de causales de inhabilidad e incompatibilidad, además se obliga al registro único de proponentes para permitir dicha contratación.
2. La capacidad para contratar por las entidades del derecho público la da la ley.
3. La administración por regla general no puede escoger con libertad su contratista, casi todos sus negocios jurídicos se basan en la necesidad del contrato y además por un concurso especial, sea licitación en cualquiera de sus modalidades o concurso de méritos.
4. Además de las cláusulas sobre objeto, valor y término, necesarias para la existencia y la validez de la contratación administrativa, hay otras que se predicen para la existencia del contrato administrativo, que no se predicen para el derecho privado.
5. Hay contratos de la administración que tienen reglas especiales, que no contienen dichos contratos en el derecho privado.
6. La existencia del contrato administrativo tiene requisitos especiales de ley.
7. Existen causales legales de nulidad de tipo especial que sólo se dan en los contratos administrativos.
8. La figura de la caducidad y de liquidación son obligatorias para la gran mayoría de los contratos.
9. La responsabilidad civil es diferente en los contratos administrativos y en los contratos de derecho privado.

10.El régimen privado si bien se aplica, es excepcional frente al régimen administrativo. (Rodríguez, 2015).

2.2. Desde la doctrina y la jurisprudencia.

Conforme se obtiene de la jurisprudencia del Consejo de Estado Sentencia n° 25000-23-26-000-2002-00372-01 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 29 de Abril de 2015 se considera que el fraccionamiento de contratos es una modalidad que consiste en la celebración de varios contratos, los cuales tienen una estrecha relación entre sus objetos, tal que su objeto o bien podrían haber hecho parte de un único acuerdo o de hecho disfrazan un solo contrato, pero dividido en su forma en varios, con el objeto específico de eludir los procedimientos de selección de contratistas, de esta manera, con el fraccionamiento se presenta un quebrantamiento y una división de la unidad natural del objeto, lo que trae grandes problemas con los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, buena fe y planeación, por cuanto el fraccionamiento del contrato constituye una modalidad de engaño al interés público y su protección, así como el de las necesidades de la comunidad, también se configura una violación frente a la igualdad de participantes en el proceso licitatorio, puesto que revisando la economicidad, es más eficiente para la Entidad pública la celebración de un solo contrato. Por ello el Consejo de Estado ha dicho:

Con el principio de transparencia se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad comercial, exige que la decisión de

contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. (...) En conclusión, al momento de contratar, el Estado debe cumplir cabalmente con los principios que orientan la contratación estatal; economía, responsabilidad, selección objetiva, publicidad e igualdad, pero con el fin de evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios debe el Estado respetar primordialmente los principios de transparencia, buena fe y planeación.

(...) Otra forma de fraccionar el contrato y que constituye una conducta contraria al principio de transparencia, es cuando frente a un único contrato la entidad pública lo fracciona; en contrato principal y sus adicionales, subestimando el valor del contrato inicial con el fin de que la cuantía no supere los montos señalados en el literal a) del artículo 24 de la Ley 80 del 93 para así contratar directamente. Es decir, esta conducta se presenta cuando la administración sabiendo, ex ante, que el valor del contrato supera la menor cuantía- lo que implica iniciar licitación pública-, celebra un contrato principal e inicial por un monto menor con el fin de contratar directamente para posteriormente mediante adiciones al contrato principal ajustar el valor del contrato. Resalta la Sala que la sola conducta de adicionar el valor del contrato y que con ello se supere el monto de la menor cuantía no es de por sí contraria a los principios de la administración. Se deben estudiar las razones- justificaciones- para adicionar el valor del contrato pues no se puede prejuzgar dicha conducta- adición del valor del contrato- que muchas veces encuentra su justificación por circunstancias imprevistas al momento de celebrar el contrato inicial.

Ahora bien, se podría indicar que esta modalidad no está tipificada como causal de sanción en cuanto a la nulidad del contrato, pero, indirectamente contradice la regla del artículo 24, numeral 8 de la ley de contratación estatal en Colombia, en cuanto hay una evidente desviación de poder, y a su vez hay una elusión de los procedimientos de selección objetiva (Consejo de Estado, 2011).

Conforme sentencia del Consejo de Estado con ponencia de OLGA MELIDA VALLE DEDE LA HOZ de fecha treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) y radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767) la contratación directa se realiza burlando el proceso de licitación cuando se fracciona el contrato, por lo cual se sucede que de los contratos que resulten al dividir un mismo objeto, ninguno supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, pero analizándolos en conjunto tienen identidad de objeto y entre todas las cuantías los procedimientos licitatorios se harían obligatorios, lo que lleva al desconocimiento de los principios que inspiran la contratación pública. La prohibición de esta modalidad no es directa sino indirecta, por cuanto no hay prohibición explícita de la modalidad de fraccionar el contrato, sin embargo, es claro que hay celebración ilícita y por demás una nulidad por objeto ilícito., ya que el fraccionamiento del contrato viola varios de los principios de la contratación, como lo son la economía, la transparencia, la eficacia, la eficiencia, la planeación entre otros. La tesis de esta consejera, sigue la misma del magistrado Jaime Orlando Santofimio. Sentencia 1996-02709 de enero 24 de 2011 con Rad.: 76001-23-31-000-1996-02709-01(16.326).

La figura del fraccionamiento de los contratos no aparece como prohibición expresa dentro de la legislación contractual pública, con el fin que se ha pretendido agilizar los procesos contractuales; en cambio la ley 80 de 1993 lo que ha pretendido es que la contratación estatal se realice a partir de la interpretación de los principios, las pautas y las reglas generales de la

legislación contractual, no obstante como ya se dijo, al Consejo de Estado hace una interpretación hermenéutica de los principios de la contratación estatal observa que los principios se violan cuando hay una celebración directa de varios contratos, de una cuantía menor con objetos iguales, ahora bien, el problema surge cuando de la suma de los contratos se observa que se contrató un objeto único y que las cuantías debieron sumarse y llevarse el procedimiento de la licitación de mayor cuantía, y si bien, no existe una prohibición directa para el fraccionamiento del contrato, si la hay de manera indirecta, por la violación a los principios de la contratación estatal, por cuanto hay quebrantamiento de la unidad natural del objeto del contrato; esto conlleva a que con base en los principios de la contratación estatal se vea el juez obligado a declarar la nulidad del contrato fraccionado, a esto el Consejo de Estado ha dicho:

La Sub Sección considera que existió una actitud deliberada por parte del Departamento dirigida a desconocer las normas de derecho público, por cuanto teniendo la necesidad de contratar una obra cuyo monto imponía la obligación de adelantar un proceso de licitación, hábilmente fraccionó el contrato de manera tal que ninguna de sus partes superara dicha cuantía y pudiera, entonces, realizar procedimientos de contratación directa. (Consejo de Estado, 2011).

El Consejo de Estado al retomar de la Corte Suprema uno de sus pronunciamientos, observa que el fraccionamiento del contrato es un proceso de elusión de la licitación pública, y consiste en la división disimulada del contrato, con la idea de favorecer a unos contratistas determinados, y evadir el procedimiento de la licitación pública, los elementos de este hecho son: a. La unidad del Objeto b. la determinación de las circunstancias que llevó a la administración a celebrar varios contratos c. una falta al interés público d. y los motivos simulados que llevaron a violar las normas de la contratación estatal. Así se encuentran varios contratos con un objeto único, que

sumados se observan por una cuantía superior, dichos contratos debieron ser licitados en uno sólo y se contrataron simuladamente varios contratos, lo que permitió evadir la licitación pública, lo que llevó a que dicho fraccionamiento quebrantara la unidad natural del objeto (Consejo de Estado, 2011).

El Consejo de Estado en la jurisprudencia citada, toma tres contratos de obra suscritos por la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca y el señor Carlos Edgar Moreno Rincón, que consistía en la remodelación de los niveles 1, 2 y 3 del Edificio Nemqueteba en la ciudad de Bogotá D.C declara la unidad del objeto y la violación de los principios de la contratación administrativa. Ahora bien, el fenómeno del fraccionamiento del contrato no es exclusivo de la unidad de objeto, ya que, aunque no sea materia de este escrito, puede señalarse que hay casos de fraccionamiento del contrato con multiplicidad de objetos. Sin embargo, los elementos que encontró el Consejo de Estado en el caso en presente fueron: a. El objeto del contrato versó sobre el mismo bien inmueble, el cual debía ser remodelado para instalar las oficinas de la secretaría de hacienda; de tal manera que las obras civiles, eléctricas y de iluminación, en realidad hacían parte de la misma obra de remodelación. b. La cantidad de obra y precios unitarios indican que los tres contratos tenían una continuidad de obra y c. La vigencia de los contratos es idéntica en los tres contratos, además hay continuidad en la prestación de las obras, como si las actividades de remodelación fueran parte realmente de un solo contrato, lo cual muestra el fraccionamiento del mismo. (Consejo de Estado, 2011).

El problema del fraccionamiento del contrato es que éste mismo es una muestra de la corrupción, pues si no es dolosa, si es una conducta gravemente culposa, bajo una ignorancia inexcusable, puesto que, busca tomar como regla la excepción, esto es, que la contratación directa sea la primera opción frente a la licitación pública, aun cuando la primera deba cumplir

con los requisitos de la transparencia, la objetividad, imparcialidad, igualdad y limitación de la discrecionalidad. Así con el uso fraudulento del fraccionamiento contractual para llegar a la contratación directa, se conculcan los principios de la contratación estatal, ya que se evade la licitación y el concurso público, con el fin de adelantar el proceso contractual por contratación directa. Así si los principios de la contratación administrativa se garantizan con el cumplimiento de los procedimientos y requisitos contractuales de cada tipo de contrato, lo que se busca es evitar que se conculquen conductas básicas para la moralidad administrativa, como son entre otros, las condiciones de igualdad en la participación y procedimiento de selección, la licitación y el concurso público, la prohibición de monopolización y la corrupción.

2.3 El riesgo de violación del interés público en los fraccionamientos del contrato de obra.

Como se observó, el fraccionamiento de los contratos es la acción de dividir un contrato en varios, lo que convierte un contrato de un objeto considerable, en un contrato que es dividido en dos o más pedazos, logrando que un negocio jurídico inicial se convierta en un número plural de negocios jurídicos de cuantías menores a las que se supondría tendría el negocio jurídico de mayor envergadura; ahora bien, el riesgo de violación del interés público en un contrato fraccionado tiene diversas consecuencias, tanto administrativas como punitivas. Así se tiene que la división del contrato se convierte en una conducta que se encamina siendo de importante atención que en este punto ya se está hablando de la división del contrato como conducta encaminada a sortear las disposiciones del ordenamiento contractual, no sin indicar que con base en el concepto de tipo abierto del ordenamiento penal, hay un ingrediente subjetivo del tipo de celebración indebida de contratos, lo que permite que el dolo deba ser investigado de manera

profunda; situación que se puede evidenciar cuando se discute la nulidad absoluta del contrato administrativo, ya que una de las condiciones claras para sancionar dicha conducta, es averiguar hasta qué punto se violan los principios de publicidad, moralidad e igualdad de las partes, pues es claro que la conducta de fraccionamiento del contrato necesariamente debe servir para beneficiar a un particular en contra del interés público, y el interés de los otros proponentes (Gonzales Rodríguez, 2015).

La visión del fraccionamiento del contrato se toma como una herramienta para evitar que se violen los procesos de selección que la norma contiene, por tanto, el problema en sí no es la división del contrato como tal, sino la persecución de la finalidad de violar los principios de la selección objetiva, porque generalmente se tiene que la segmentación de los contratos lleva a que se beneficie por parte de la administración a un contratista en particular; el punto central de la segmentación de los contratos, en especial el de obra pública, está en la necesidad de eludir la oferta pública, pero también el favorecer un contratante en específico, por medio de la contratación directa y las adiciones presupuestales; y de contera desmejorar para el Estado las condiciones de contratación, pues la ejecución de un objeto general dividido en múltiples objetos contractual desmejora las condiciones del contratante desde el punto de vista de la economía, la eficiencia y el cumplimiento, por otra parte, como se vio el fraccionamiento del contrato oculta la conducta dolosa tanto del contratante como del contratista, de esta manera queda clara que lo que está prohibido en esta conducta es la omisión o mejor la elusión del proceso de licitación, lo que permite que primen los intereses personales a los de la nación, al intentar la destrucción de la unidad de objeto. (Gonzales Rodríguez, 2015).

El tema del fraccionamiento del contrato en España aparece como una situación que no está precisamente prohibida por la ley, sin embargo, es prohibido este fraccionamiento bajo las bases

del ataque al interés público, así como el posible establecimiento de la falta de eficacia y la eficiencia en el interés público ya que un contrato fraccionado en interés de fraude y con colusión de por medio, carecería de causa y objeto lícito:

Recuperando nuestras reflexiones iniciales, decíamos entonces que el fraccionamiento de los contratos tiene una clara y lógica trascendencia en el marco de la prevención frente al incumplimiento fraudulento de requisitos formales directamente relacionados con los principios de publicidad y concurrencia. Ahora bien, también señalamos que la regulación del fraccionamiento tiene una vinculación inmediata y previa con la existencia misma del contrato. Efectivamente, el entendimiento jurídico de los problemas derivados del fraccionamiento ilegal de los contratos tiene una relación directa con la correcta configuración de, al menos, dos de los elementos esenciales que definen a todo contrato: el objeto y la causa. Sin un objeto determinado y completo y sin una causa adecuada, simplemente, no hay contrato, pues el negocio jurídico incurriría en una causa de invalidez que afectaría a la estructura esencial del negocio jurídico. Partiendo de esta doble apreciación, sustantiva y formal, se debe poner de relieve que nuestro Derecho no prohíbe el fraccionamiento de contratos. El fraccionamiento es legítimo siempre y cuando cada contrato o cada lote estén caracterizados internamente con los elementos esenciales que definen jurídicamente a todo contrato. Más allá de esta premisa, y fuera de los casos de fraude de Ley, aparentemente no existirían más restricciones al fraccionamiento. (Agudo González, Agosto - 2013.).

De la misma opinión es el doctrinante español Candela Talavero (2011), que indica, que en la legislación española el problema no se halla exactamente en el fraccionamiento del contrato en sí, sino en el uso de esta modalidad con el fin de defraudar a la ley, por otra parte, es la

salvaguarda del interés público la principal característica que trae la persecución de la nulidad de los contratos fraccionados. Esto es, la salvaguarda de la libre concurrencia y la seguridad jurídica:

La figura del contrato menor nos lleva al contenido del art. 74 LCSP; en cuanto al mecanismo del fraccionamiento del objeto en los siguientes términos. Dispone el 74.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de forma explícita que “no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa indicó en el Dictamen 69/08 que la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. (Candela Talavera, 2011).

La modalidad del fraccionamiento del contrato en el Perú está prohibida directamente por la norma, pero se sujeta a que éste mismo tenga como finalidad el fraude a la ley, según el artículo 20 de su ley de contratación estatal, además fundamenta dicho fraccionamiento con respecto a los tratados de derecho de contratación de tipo internacional, sin embargo, también conceptúa unas excepciones con respecto a la falta de escasez de recursos, es decir, que no hay unidad de objeto, cuando por falta de recursos se contrate paulatinamente la misma obra en el tiempo:

El artículo 19 del Reglamento por su parte destaca la importancia de la oportuna y adecuada planificación y programación de las contrataciones por parte de la Administración Pública, haciéndolas responsables directas del incumplimiento de la

prohibición de fraccionar las contrataciones. Efectivamente, el artículo 19 indica a su vez que no se considerará fraccionamiento a la contratación que se realice de servicios idénticos a los que se contratasen inicialmente en caso en dicha oportunidad no hubiese sido posible realizar la contratación completa debido a escasez de recursos, o por el surgimiento de una nueva necesidad que hubiese sido imposible de prever.

Asimismo, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE a través de la Opinión N° 107-2014/DTN ha establecido que el fraccionamiento de una contratación se configura en el momento en el que una entidad pública de manera deliberada, toma la decisión de llevar a cabo varios procedimientos de selección de cuantías menores en lugar de uno solo de cuantía mayor, ello con el único objetivo de modificar el tipo de procedimiento de selección que correspondería verdaderamente, o cuando busca eludir la aplicación de las disposiciones de la normativa de contratación estatal llevando a cabo varias contrataciones por montos menores o iguales a las 8 UITs. (Chavez Chavez, 2017).

Para el caso argentino se tiene la prohibición del fraccionamiento el cual se entiende con éste ejemplo, el Estado a sabiendas de que el servicio debe ser contratado por un tiempo determinado, se pacta por un plazo inferior con el fin que el contrato tenga o responda a un tipo diferente, como por ejemplo la compra directa o licitación abreviada; para posteriormente volver a contratar, y mantener sucesivamente la contratación, hasta que se complete el plazo real y el presupuesto que debió ser contratado. La excepción consiste en que, si hay un cambio sustancial del objeto, aunque se contrate con la misma empresa no se puede hablar de fraccionamiento (Alarcón Quiroga, 2010).

De acuerdo con Chávez (2017) en Uruguay no se encuentra prohibido el fraccionamiento del contrato, no obstante para que este sea permitido debe estar fundamentado, así el segundo párrafo del artículo 43 del TOCAF (Texto Único Ordenado de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera) establece que los ordenadores del gasto, pueden fraccionar sus compras siempre y cuando expresen tanto la constancia del fraccionamiento y la necesidad de éste, debiendo en cualquier momento responder de manera fiscal, disciplinaria o penal.

Así mismo indica Chaves (2017) que el Tribunal de Cuentas puede intervenir los contratos cuando observe que el fraccionamiento de los contratos es reiterado, y la entidad contratante se niega a corregir dicha situación, por lo cual podrá asimismo el tribunal suspender la facultad establecida para fraccionar los contrato a los ordenadores responsables e, igualmente tendrá la potestad de hacerlo a los organismos involucrados dando cuenta a la Asamblea General o a la Junta Departamental que corresponda.

El fraccionamiento indebido del contrato es una conducta que afecta terriblemente el bien jurídico de la fracción pública, porque es una medida que defrauda la confianza legítima en el manejo de la contratación estatal.

En consecuencia, el fraccionamiento artificial de los contratos con ánimo de defraudar la contratación administrativa, da lugar a falta disciplinaria grave, puesto que uno de los principios es el acceso a la pluralidad de proveedores.

3. Alternativas dirigidas a la prevención de las consecuencias derivadas de la falta de aplicación del principio de planeación en los contratos de mínima cuantía de obra pública.

3.1 Consideraciones previas

Para proponer las alternativas adecuadas para evitar la repercusión de la modalidad del fraccionamiento del contrato, se debe primero mostrar cuáles son algunos de los principios directos de la contratación administrativa, y mostrar el por qué se afectan, para luego indicar en relación a dichos principios, para qué están las alternativas propuestas en este capítulo.

El primero de los principios perjudicado con la puesta en práctica de la modalidad de fraccionamiento de contrato es el de transparencia; ya que, con el fraccionamiento del contrato para la evasión de los requisitos de contratación de la obra pública, deja de existir la igualdad entre oferentes, la escogencia objetiva y la moralidad administrativa. Ya que el principio de transparencia indica que los contratistas se deben escoger de manera pública, imparcial, deben, asimismo respetar la escogencia objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa (Rodríguez, 2015).

La OCDE ha tomado el principio de transparencia y con respecto a él se ha manifestado de la siguiente manera:

Un régimen exigente de divulgación de información que promueva una transparencia real es una característica crucial para una supervisión de las sociedades por parte del mercado y resulta esencial para que los accionistas puedan ejercer sus derechos con conocimiento de causa. La experiencia demuestra que la publicidad de la información puede ser también un

instrumento poderoso para influir en el comportamiento de las empresas y proteger a los inversores. Un régimen de divulgación exigente puede ayudar a atraer capital y a que los mercados mantengan la confianza. Por el contrario, un régimen laxo y unas prácticas carentes de transparencia pueden favorecer comportamientos contrarios a la ética y a una pérdida de integridad del mercado con un alto coste, no sólo para una sociedad y sus accionistas, sino también para la economía en su conjunto. Los accionistas y los inversores potenciales precisan de acceso a una información periódica, fiable, contrastable y suficientemente detallada que les permita evaluar la gestión de los directivos y tomar decisiones informadas sobre la valoración, titularidad y votos de las acciones. Una información insuficiente o confusa podría mermar la capacidad de funcionamiento de los mercados, incrementar el coste de capital y desembocar en una mala asignación de recursos. (OCDE, 2016)

No es muy diferente la posición al respecto del Consejo de Estado, quien se ha manifestado de la siguiente manera:

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación

expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”. Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés” Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad Consejo de Estado, 2011).

El segundo de los principios violados es el de economía, que si bien busca imprimir agilidad en el proceso de contratación pública, frente a lo cual se suprimen los trámites y requisitos innecesarios, para evitar dilatar y entorpecer los procesos, resulta violado indirectamente, puesto que para que se cumpla el principio de economía, se debe cumplir los estudios de las partidas presupuestales, y esa condición no se da cuando se fracciona el contrato, no se mira de manera objetiva la conveniencia del objeto a contratar; el fraccionamiento del contrato de obra suele convertir un contrato de licitación pública, en uno de selección abreviada, pero adicionado en sus partidas presupuestales varias veces, lo que hace de este aumento una seguidilla de contrataciones directas disfrazadas; además con la no apertura de esta licitación se desvía el seguimiento a las partidas presupuestales, pues parte del principio de Economía consiste en la

constitución certera y verídica de las reservas presupuestales (Rodríguez 2017). Ante esto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia:

El fraccionamiento de los contratos, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de esta Sala, implica violación de los principios de transparencia, economía y selección objetiva en la medida en que tenga por fin eludir la licitación. Así, incluso, se reconoció en la sentencia de segunda instancia al señalarse que aquí el problema no es de montos ni de topes sino “de una contratación directa para la celebración de dos contratos”, descartando la exigencia de licitación. Radicación 40216 (Corte Suprema de Justicia., 2017).

El tercero de los principios violados, es el de Selección Objetiva, pues con base en éste principio debe haber pluralidad de oferentes y además se debe escoger como contratista la propuesta más favorable, sin tener en cuenta para la escogencia un solo factor de escogencia subjetiva; en el caso del fraccionamiento de la obra pública queda claro, que el contratista gana o es contratado para ejecutar una obra pequeña, pero con base en adiciones presupuestales y particiones del objeto verdadero, termina ejecutando una obra grande, que hubiera sido objeto de una licitación pública de mayor cuantía, lo que obviamente elimina de facto la selección objetiva, así se da al traste con la proporcionalidad del contrato previsto en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 numeral 1 y la norma de la oferta más favorable del numeral segundo de la misma norma(Castillo Murillo E. A., 2018).

En palabras del Consejo de Estado se tiene lo siguiente:

La prohibición de fraccionar los contratos cualquiera que sea su cuantía, consulta la distribución equitativa de los negocios e impide que se adjudique a la misma persona o entidad dos o más contratos con el mismo objeto, impide también que se divida

artificialmente la unidad material del objeto del contrato, con abstracción de su cuantía real, para adjudicarlo por partes y en forma directa, sin sujeción al procedimiento singular y obligatorio de la licitación o concurso.

La primera modalidad prohibida de fraccionamiento implica adjudicación repetida de contratos a determinada persona... La segunda modalidad implica alteración de la materia del objeto del contrato y de la indivisibilidad de su cuantía, para acomodarla al régimen de adjudicación directa, con prescindencia de otros proponentes o proveedores capaces de ejecutar el contrato (...)

La ley no impone, en ningún caso, obligación de celebrar un sólo contrato cuando se trata de cosas del mismo género, como sí la impone cuando se trata de cosas de la misma especie...

Tampoco procedería considerar fraccionable desde el punto de vista económico o material, el objeto conformado por especies distintas, pues lo que crea la noción de unidad material del objeto, es la finalidad de su destinación” (subrayas y negrillas fuera de texto). (Consejo de Estado., 1989).

La Corte Suprema considera que la modalidad de violación de los principios de la contratación, llamado fraccionamiento del contrato, está destinada a la evasión de los requisitos establecidos para los negocios pluripersonales que establece el Estado mediante los contratos, de tal manera que la administración de manera artificiosa rompe la unidad natural del objeto, lo que le permite evadir la ley y contratar por un procedimiento diferente, lo que a su vez le permite adelantar diferentes contratos con procedimientos que en la ley son menos estrictos, con miras a

favorecer a un solo proponente en demérito de los otros, lo que obviamente riñe con la selección objetiva de los contratos estatales (Corte Suprema de Justicia., 2017).

Por último, en cuanto al principio de responsabilidad éste se ve afectado por varios motivos:

- Los servidores públicos se obligan con este principio a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y es obvio que quien colabora con el fraccionamiento del contrato a través de adiciones contractuales en un contrato de obra, no están vigilando la correcta ejecución del contrato, los derechos de la administración ni los derechos de terceros. Porque el contrato pequeño que ha sido adicionado, encubre uno que debió ser licitado por medio de un contrato mayor (Bahamón Jara, 2018).

- Es obvio que las condiciones en las que se formulan los pliegos que van a ser objeto del fraccionamiento, son artificialmente bajos, puesto que son mucho menores a los del contrato principal, según ley 80 de 1993 art. 26 n. 6. (Rodríguez, 2015).

Los anteriores fueron los principios que son violados a partir del fraccionamiento del contrato en un contrato de obra, cuando este se da a partir de las adiciones presupuestales a un contrato más pequeño, que se caracteriza igualmente por el rompimiento del objeto natural del contrato. Ahora a continuación, antes de hacer el aporte necesario se precisan algunas de las aportaciones de la doctrina.

3.2. Propuestas desde la doctrina.

La doctrina española entrega ciertas circunstancias que permite que se evite el fraccionamiento del contrato en los contratos de obras, los cuales se resumen para Vázquez Garranzo en lo siguiente (Vázquez Garranzo, 2018):

1. Detallar en cada caso un estudio minucioso de los objetivos de la contratación y la necesidad de prestación del servicio, determinar la calidad y la necesidad de la obra, si cumple el objeto del contrato y el pliego de condiciones con la necesidad real de contratación.

2. Comparar si con el plan de adquisiciones y la destinación presupuestal, el objeto del contrato cubre la necesidad de la obra a ejecutar, indicando si la finalidad de la prestación del servicio requiere que se hagan varias obras independientes, o una obra que cubra el objeto total del contrato.

3. Planificar adecuadamente el sistema de gastos y las necesidades contractuales para con los mismos.

Esto implica que ninguna Administración funciona de manera correcta si su estructura económica tiene carencias graves en términos de una estrategia adecuada de compras y adquisición de los medios y servicios necesarios para desarrollar sus funciones. El problema es que se ha visto que los países donde se da el fenómeno de la fragmentación del contrato, y sobre todo la desnaturalización de los contratos de cuantías menores, por ser éste una simulación de un contrato mayor es la falta de políticas e instrumentos de ordenación y gestión de contratación o de otros semejantes, pero una gran inflación legislativa, que sin esos instrumentos y políticas son prácticamente inoperables. (Vázquez Garranzo, 2018).

El doctrinante Moreno Molina sostiene que el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio establece un convenio entre los países partes, del que no hace parte Colombia, para la elaboración de reglamentos, leyes de tipo macro sobre contratación administrativa; el autor indica la importancia de proteger los principios de no discriminación, que implica la protección a los otros miembros de países y empresas proveedoras de países que hacen parte del pacto, con condiciones no menos favorables que los que tienen los ciudadanos y empresas del país anfitrión, o país licitador. También sostiene la importancia de promover la transparencia, mediante la publicación de leyes, reglamentos y procesos contractuales, los cuales deben quedar a la vista de todas las personas. No obstante, la importancia que se da al derecho de la contratación administrativa, es que se han ido unificando los criterios de los principios contractuales; pues los tratados internacionales para combatir la corrupción (Como la Convención de la ONU el Pacto de Caracas), contienen los mismos principios, sobre igualdad, no discriminación, eficacia, transparencia etc. Esto ha permitido así mismo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya ido creando un cuerpo jurídico, basado en los principios que orientan la contratación estatal y el derecho administrativo (Moreno Molina, Derecho Global de la Contratación Pública, 2011).

Así mismo indica este autor que los principios generales de la contratación pública, buscan que los poderes adjudicadores traten a los participantes licitatorios con igualdad y sin discriminar, por lo cual está prohibido que se use la contratación administrativa con el fin de excluir ni restringir la competencia; de hecho todos los principios de la contratación administrativa europea se entrelazan, dado que el principio de igualdad es básicamente una aplicación de la transparencia, por medio de la cual todos los licitadores tiene derecho de ser sometidos a las mismas condiciones y además a una competencia sana y efectiva; en razón de los

anteriores principios se suprimió la contratación directa por causa de mínima cuantía; por último, la contratación administrativa europea ha incluido el principio de integridad, que acoge el derecho ciudadano a una buena administración, la persecución a las conductas ilícitas, las ofertas anormalmente bajas y el conflicto de intereses, todo con el fin de orientar la contratación hacia el servicio público ciudadano y además hacia las obras medioambientales (Moreno Molina, 2019)

El doctrinante Gimeno Feliu tiene la siguiente propuesta, en cuanto a estructura de transparencia, así parafraseando, el escritor indica que la mayor causa de la corrupción en la contratación pública es causa de la oscuridad de sus procedimientos, por lo que propone que haya una efectiva y adecuada vigilancia de los procesos de información, con el fin de obtener una gestión más eficiente de los servicios y los fondos públicos. Gimeno indica al igual que Molina, que el derecho a la buena gestión está directamente ligado a la transparencia en la gestión de la contratación y la publicidad de la misma. Este autor indica que para salir de la mera formalidad en la transparencia, se necesita que se implementen medios electrónicos compatibles con dicha finalidad; sistemas que sean en línea, gratuitos, universales, que permitan el acceso a todos los ciudadanos (Gimeno Feliu, 2019).

Ahora bien, las prácticas de contratación en la administración pública de Colombia, como sucede con los demás países que se han citado en esta investigación tienen problemas con la planeación de la contratación administrativa, por lo que representa que las dimensiones legales no se apliquen en las políticas de contratación, ya que en la práctica no se establece un sistema racional donde se cubran las necesidades a precaver y con ellas un sistema coherente para cubrir los servicios y los bienes a contratar, en términos de eficacia y eficiencia, por tanto, una de las soluciones que deben ponerse en práctica requiere que haya una mejora sustancial en la

planificación de las contrataciones y en el uso de los bienes públicos.(Castillo Murillo E. A., 2018)

Soler Misufd (2017) establece como solución en el tema de la contratación pública para la comunidad valenciana en España, la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, que crea la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, al indicar que éste debe ser una entidad que debe servir como instrumento de prevención, investigación y combate del fraude y la corrupción, así como para proteger a los denunciantes. En este sentido dicho ente fiscalizador debe fortalecer las políticas de Estado para evitar que se produzca deterioro moral y empobrecimiento económico, para que no que redunde en daños y déficits fiscales:

Establece en relación con esta cuestión en el artículo 4 a) y e) de la citada ley que constituyen funciones de la Agencia “La prevención y la investigación de posibles casos de uso o destino irregular de fondos públicos y de conductas opuestas a la integridad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho.” Y estudiar “los informes a que se refiere el artículo 218 del Real decreto legislativo 2/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales, de los cuales la intervención enviará una copia anual a la agencia y la evaluación de su traslado a la fiscalía anticorrupción”. Obviamente de lo expuesto parece desprenderse la obligación de la Agencia de analizar los fraccionamientos que se detecten en las Corporaciones locales y decidir su remisión a la fiscalía anticorrupción. Con este artículo se pretende facilitar la labor de determinación del objeto de un contrato en los expedientes de contratación que se tramiten en las administraciones locales, incluidos los contratos menores, así como la de detectar y evitar los posibles fraccionamientos que se pueden producir en las citadas administraciones, y en el

caso de que éstos se produzcan que seamos conocedores de las posibles consecuencias que pueden conllevar (Soler Misfud, 2017).

Nuevamente se integra a la necesidad de una política para el establecimiento de una correcta planificación de la contratación estatal, incluso en sus etapas precontractuales. Pues una correcta política de planeación estatal permite que no se desnaturalicen los contratos, en especial los de obra pública, ya que la contratación de servicios y la política de adquisiciones debe permitir un buen diseño de las licitaciones haciendo uso de las distintas opciones legalmente previstas; y a su vez debe permitir el diseño de la adquisición de suministros con algún diseño de racionalización de la contratación y una contratación pública estratégica (Vázquez Garranzo, 2018).

En éste punto la doctrina colombiana indica que si bien la OCDE no se menciona como principio preponderante el de planeación, recomienda que se haga una mayor reestructuración de recursos, capacitación de funcionarios y estudios de factibilidad de los proyectos para aquellas actuaciones y aquel personal encargado del tema de la contratación, con el fin de lograr una mayor eficacia del sistema de compra pública y sobre todo en la contratación de los planes de obra pública material sobre los bienes inmueble, lo que redundaría en un fortalecimiento de los sistemas de planeación de obras públicas, para de esta manera evitar el fraccionamiento de los contratos de obra pública, y la división de la ejecución de las obras en varias pequeñas obras, las cuales con base en los continuas adiciones desnaturalizan los modelos de contratación. (Castillo Murillo E. A., 2018).

3.3. Propuestas de la Tesista.

En primer lugar se ha evidenciado una flexibilización del control ciudadano con respecto a la contratación estatal, esto comienza con la prohibición para que mediante la acción popular se pudiera lograr la nulidad de los contratos estatales, esta posibilidad de intervenir los ciudadanos dentro de la Contratación Estatal, ya que la intervención del Ministerio Público no garantiza a la ciudadanía ni a las veedurías por medio de la Acción de Nulidad absoluta a los asociados dentro del Estado Social de Derecho un control judicial más profundo. La Corte Constitucional por medio de sentencia C – 644 de 2011 declaró exequible la norma que prohíbe mediante acción popular que el pueblo y la ciudadanía pueda solicitar la nulidad de los contratos. Lo que de hecho le quita un arma de control judicial a los ciudadanos y a los mismos órganos de control, en los casos en los que se evidencie que los contratos de mínima cuantía de obra pública, sean realmente un camuflaje para el fraccionamiento del contrato y una desviación de los sistemas de licitación de la ley 80 de 1993.

Dentro de la sentencia que fue enunciada, se discutía la inexecutable del artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su segundo inciso que dice: Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Los argumentos de la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad de la Norma Demandada fueron que la norma clarificaba la competencia para poder solucionar los conflictos

de nulidad de los contratos, los cuales quedarían en manos de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante los mecanismos de control que establece el CPACA.

Sin embargo, el mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) no contiene dentro de la acción de nulidad de los contratos administrativos, una acción que permita a cualquier ciudadano demandar la nulidad absoluta de un contrato administrativo; lo que muestra una verdadera reversión en la protección de los derechos a la participación ciudadana y a la protección real de los derechos relacionados con la moralidad administrativa. Por lo cual la propuesta considerada por la escritora de esta tesis, consiste en una reforma al artículo 141 del CPACA para que se permita que cualquier ciudadano pueda solicitar la nulidad absoluta del contrato estatal, cuando de la existencia o de la ejecución de dicho contrato en cualquier momento se observe una violación de los principios de la contratación estatal, pues legitimar a cualquier interesado no necesariamente implica cualquier ciudadano, y más cuando de la redacción del artículo se observa que los llamados a solicitar tal declaración de nulidad, son las partes.

En segundo lugar, se debe hacer un alejamiento legal de la teoría de la contratación estatal de las tesis del negocio y acto jurídico de orden civil y comercial, quiera que por contener un interés de carácter absolutamente público, los contratos estatales no deben tomarse como una declaración entre particulares, ya que el Estado es el representante de la Nación y los órganos territoriales, es decir, representa a Colombia y con ello la responsabilidad que asume es la de todos los ciudadanos; por lo cual toda nulidad que viola un principio estatal, así figure como dolo, fuerza o error, es una violación a los principios del derecho público y de la contratación estatal, pues lesiona intereses relacionados con la dignidad del Estado y la soberanía; así, que lo

que la doctrina y la ley civil toma como nulidad relativa, debe tomarse de acuerdo a los intereses públicos y de la contratación estatal, como una nulidad absoluta.

En tercer lugar, se deben prohibir las adiciones a los contratos de obra, sean de mínima o de cualquier otra cuantía, ya que de acuerdo al principio de publicidad y a los estudios prediseñados, que dan cuenta de la necesidad de la obra, es absurdo que se puedan solicitar adiciones de contrato de obra, cuando desde el primer momento se debieron establecer las necesidades de intervención; excepto si surgieran acontecimientos importantes que requieran la adición, pero esos acontecimientos importantes deben mirarse como sucesos que quepan dentro de la categoría de caso fortuito o fuerza mayor, ya que cualquier adición básicamente se podría tener como una falta en la planeación del contrato, sea esta, una falta por error o una falta dolosa. En cualquier caso, se debe modificar la ley, de tal manera que no se pueda adjudicar un contrato de obra con un solo proponente, o que habiendo dos proponentes una de las propuestas sea evidentemente artificiosa, con el fin de evitar la colusión entre contratistas.

4. Conclusiones

❖ El contrato de obra pública es aquel mediante el cual se realiza una intervención en un bien del Estado, que tenga un trabajo público, de construcción, reparación o mantenimiento de un bien con fines públicos o de goce y disfrute público, y que además pertenezca o tenga un interés primordial para la administración pública. Por lo cual es quizás el tipo de contrato que mayor interés tiene para la administración pública.

El modelo más importante para la contratación pública es el de la unidad de pago por medida o de cantidades de obra variable con precios unitarios constantes o fijos, siendo además el más requerido y pactado entre administración y contratista. Este tipo de contrato tiene la dificultad para definir desde un principio su verdadero valor comercial, y que se establecen unas estimaciones de cantidades de obra, según los estudios previos y unos precios unitarios de los respectivos ítems de obra, pero como ya se dijo el valor definitivo y que corresponde al deber del Estado reconocerlo y pagarlo, resulta de multiplicar las cantidades de obra estipuladas por los precios unitarios pactadas en el contrato. En éste punto, que es donde se paga por la cantidad de obra ejecutada, es donde el control pierde eficacia, puesto que la planeación del contrato puede sucumbir al hecho que la planificación del sistema de contratación no está lo suficientemente estructura y vigilada; lo que es uno de los riesgos más graves que se tienen para la corrupción en la contratación administrativa, y más si de adiciones del contrato de trata.

❖ El contrato de obra pública debe regirse primordialmente por el principio de planeación ya que de dicho principio se debe indicar dos cosas: La factibilidad de los estudios de un contrato de obra es imprescindible para la ejecución del mismo, porque de ahí parte la necesidad y el interés de la inversión, para que en la ejecución del contrato no haya sorpresas con adiciones innecesarias o pérdidas de recursos por hechos que debiendo preverse no se previeron.

La Moralidad Administrativa por ser un derecho a que los dineros públicos se inviertan bien y conforme a la ley se integra de manera importante con el principio de planeación, ya que en la contratación administrativa es prioritario que los negocios jurídicos del Estado se planifique la inversión que se va a disponer en la contratación de obra pública, lo que implica a su vez un derecho ciudadano de que los dineros presupuestados no se pierdan y no se desvíen para intereses particulares.

Así mismo, sucede con el principio de publicidad, ya que dentro de la planeación de un contrato es necesario que se haya previsto la necesidad y el objetivo de la obra pública, pues muchas veces las adiciones contractuales que constituyen el fraccionamiento de contrato son maniobras que se ocultan al público y a las veedurías ciudadanas y bajo la idea de una adición presupuestal en varias ocasiones lo que está sucediendo es la evasión de la licitación pública, que como ya se explicó, lo ameritaba el conjunto de la obra de mayor envergadura, pero dicha licitación se realizó bajo el esquema de un contrato de una cuantía menor que poco a poco se fue incrementando con base en las adiciones presupuestales.

El contrato de obra pública debe partir de la necesidad que los objetivos y cláusulas contractuales permitan elegir al mejor de todos los proponentes, para lo cual en la etapa precontractual la planeación de la oferta de contratación con la administración tenga todos los puntos para que la escogencia sea adecuada, lo que no sucede cuando se ocultan las condiciones reales de la necesidad de la obra pública, y así mismo, se enmascara la obra de mayor envergadura en una de menor, a la que se le realizarán diversas adiciones presupuestales. Así, las motivaciones ocultas que afectan al principio de planeación de la obra dentro de un contrato, violan los principios de transparencia, por lo que un contrato de obra debe darse de manera prístina y con los adecuados fines y objetivos, para que tanto el público como el posible oferente o contratista, sepa desde un principio las reglas de juego y no se llame a engaños y tampoco pueda llegar a engañar a la administración. Por último, todo esto redundará en la eficacia de la planeación de la obra, pues un contrato que no ha sido creado para el buen funcionamiento de la administración pública, evidentemente lesiona la eficiencia y la eficacia en la prestación del servicio público, pues los intereses pasan de ser administrativos a ser particulares.

❖ Uno de los problemas de los contratos de mínima cuantía en cuanto a obras públicas, es el fraccionamiento del contrato, el cual se ejemplifica en un contrato que debiendo planearse como un contrato de una cuantía más alta, se plantea como uno de mínima cuantía, con menores requisitos y que plantea por norma general menos oferentes, cuando no de oferente único; así el oferente construye una obra grande, con sucesivas adiciones presupuestales al valor de la obra pequeña, lo que en realidad trae que las sucesivas adiciones, sean contrataciones directas; sobre la obra pequeña, ocultando o simulando una obra mayor. De esta manera, se observa que la planeación de los objetivos del interés público del contrato era realmente inadecuada y permite la violación de los principios de selección objetiva (pues no hay en realidad una licitación), publicidad (porque se mantienen ocultas las adiciones presupuestales y los intereses de la ejecución de la obra), la moralidad administrativa (por cuanto la destinación de los recursos se hace de manera ilegal), la transparencia (por cuanto hay motivaciones ocultas dentro del contrato y así mismo de la planeación del proceso precontractual).

La corrupción administrativa ataca los fundamentos básicos del Estado Social de Derecho ya que afecta directamente las finanzas del Estado, la inversión social en educación y salud, el equilibrio fiscal y la confianza de las personas e integrantes en las instituciones del Estado; por tanto, propiciar las actuaciones que demeriten la eficacia y eficiencia misma del Estado, es propiciar el actuar constitucional.

De ahí se observa que, la corrupción administrativa se dirige a a trastornar el cumplimiento de la planeación de la función pública, bien sea por desviación de poder, o por una mala aplicación de los principios que guían la función pública y la contratación, independientemente que sea por omisión, acción o negligencia; así que, la contratación de obras públicas debe garantizar la transparencia y el apego a la ley y al derecho, so pena que se afecte la planeación

del contrato, su publicidad, su transparencia, la moralidad administrativa y la eficacia y eficiencia y de paso la prestación del servicio público.

El grave problema del fenómeno del fraccionamiento del contrato de obra pública como factor de corrupción radica en que toma como regla la excepción, pues convierte la contratación directa como primera opción frente a la licitación pública, pues evade la licitación y el concurso público, con el fin de adelantar el proceso contractual por contratación directa mediante adiciones contractuales a una obra pequeña, por eso, si los principios de la contratación administrativa se garantizan con el cumplimiento de los procedimientos y requisitos contractuales de cada tipo de contrato, el fraccionamiento del contrato incurre conductas básicas que prohíbe la moralidad administrativa, como son entre otros, las condiciones de igualdad en la participación y procedimiento de selección, la licitación y el concurso público, la prohibición de monopolización y la corrupción. Igualmente desnaturaliza tanto el contrato, pues lo hace nacer nulo y además el funcionamiento del servicio público. Esto no sólo es la conclusión de quien esto escribe, sino que es la conclusión de toda la jurisprudencia y la doctrina citada.

❖ El fenómeno de la desnaturalización del contrato de obra de mínima cuantía por medio del fraccionamiento y la adición presupuestal del contrato, es un asunto de política legislativa, en cuanto a la falta de controles institucionales y ciudadanos a nivel judicial; administrativa, en cuanto a que se está ante una política institucional débil para combatir la corrupción y además no hay un tipo fijo contractual para las obras públicas, por último, falta una mayor capacidad de vigilancia a los entes territoriales (y también frente al Estado central) para el control de gastos del presupuesto público.

Los controles ciudadanos no son suficientes, la legislación y la Corte Constitucional avalaron la imposibilidad de que la ciudadanía ejerciera un control directo para lograr la nulidad de los diferentes contratos públicos, por medio de la acción popular; además, no hay integración de entidades que permitan una correcta planificación de la contratación estatal, desde la génesis de la etapa precontractual, lo que permitiría que los contratos no se desnaturalicen, y a su vez no ha habido una adecuada reestructuración de recursos y una adecuada capacitación de funcionarios para el cuidado de la contratación estatal y de obra pública, además de la falta de compromiso por quienes ejercen funciones públicas del cuidado del erario como parte de todos.

La propuesta de este trabajo es agilizar dentro de la política legislativa herramientas para que el ciudadano pueda ejercer acciones que permitan solicitar la revisión de los procesos de contratación que sean manifiestamente ilegales, no ya en su etapa de culminación sino desde que se avizore el desarrollo de acciones que tiendan a cambiar su modalidad sin justificación alguna o bajo el manto de falta de planeación.

Se propone la prohibición de adiciones presupuestales en los contratos de obra de mínima cuantía, salvo que surjan casos fortuitos y hechos imprevisibles e irresistibles que requieren las debidas adiciones, ya que los contratos deben ser planeados de manera drástica, para que el fenómeno de la desnaturalización del contrato no pueda darse. Eso sí, dichas adiciones, deben darse previa aprobación de los entes fiscalizadores, Procuraduría, Contraloría y control inmediato de legalidad por parte del Juez, en un control expedito.

La tarea de la candidata a Magíster en esta ocasión consiste en dejar sentadas las bases de una propuesta que pueda seguirse desarrollando a partir de la problemática planteada, que contiene ya un estado de arte, base para la búsqueda de una solución efectiva a una situación que

compromete a todos en búsqueda de un mejor país, ya que se tienen recursos suficientes pero en ocasiones estos no se utilizan en forma debida, tal como se ha presentado en esta situación de la tesis llamada “Desnaturalización De La Mínima Cuantía En Los Contratos De Obra Pública”.

Referencias bibliográficas

- Agudo González, J. (agosto - 2013.). El Fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude a la Ley. Número Extraordinario de la Revista de Estudios Locales., 149 - 181.
- Alarcón Quiroga, H. A. (2010). Contratación Estatal Comparada con Argentina. *Novum Jus*, 205 - 236.
- Amaya Rodríguez, C. F. (enero a junio. de 2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. (F. U. Libertadores, Ed.) *Revista VIA IURIS* (20), pp. 105-119.
- Amaya, L. (2016). La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se Desprenden de la nueva postura. *Revista Nova ET Vetera*, 2(16). Obtenido de <http://www.urosario.edu.co/revista-nova-et-vetera/Inicio/Omnia/La-violacion-al-principio-de-la-planeacion-en-la-c/>
- Aponte Díaz, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal. (U. E. Colombia, Ed.) *Revista Digital de Derecho Administrativo* (11), 177 - 27. doi: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/3831/4087?inline=1>
- Bahamon Jara, M. (2018). *Elementos y Presupuestos de la Contratación Estatal*. Bogotá: Universidad Católica. .
- Bahamón Jara, M. L. (2018). *Elementos y Presupuestos de la Contratación Estatal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Bejarano Roncancio, J. J. (SF). Marco normativo para la contratación pública en Colombia.

Obtenido de <http://bdigital.unal.edu.co/636/1/9789587194029.04.pdf>:

<http://bdigital.unal.edu.co/636/1/9789587194029.04.pdf>

Candela Talavera, J. E. (2011). El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor. Auditoría Pública., 85 - 94.

Cano, C. A. (2015). La Corrupción en la Contratación Pública: Visión Global. Revista Aragonesa de Administración Pública, 45 - 46, 209 - 239.

Castillo Murillo, E. A. (2018). La Trascendencia De Los Estudios Previos, Como Materialización Del Principio De Planeación En Los Contratos Estatales De Obra. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad del Rosario.

Castillo Murillo, E. A. (2018). La Trascendencia De Los Estudios Previos, Como Materialización Del Principio De Planeación En Los Contratos Estatales De Obra. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad del Rosario.

Ceballos Suarez, Á. (2018). Colombia: de la corrupción común a la corrupción a gran escala. Omnia, 4(37). Obtenido de <https://www.urosario.edu.co/Revista-Nova-Et-Vetera/Omnia/Colombia-de-la-corrupcion-comun-a-la-corrupcion-a/>

Chávez Chávez, A. E. (2017). El fraccionamiento indebido en la contratación de servicios públicos de telecomunicaciones por montos menores a las 8 UITs. Tesis de Maestría. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Colombia Compra Eficiente. (2016). Manual de la Modalidad de Mínima Cuantía. Bogotá: Gobierno de Colombia. doi: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_minima_cuantia.pdf

Consejo de Estado de Colombia. (2012). Sentencia Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489). Bogotá: Rama Judicial.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2016). Concepto 2263 de marzo 17 de 2016. Bogotá: Rama Judicial.

Consejo de Estado. (08 de agosto de 2017). Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Sentencia del 31 de enero de 2011. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz. En C. Compra. Obtenido de Colombia Conpra: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/fraccionamiento-de-contratos>

Consejo de Estado. (1989). Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de diciembre de 1989. Radicación 328. Bogotá: Rama Judicial.

Consejo de Estado. (2007). Sentencia 14854 De 29 De agosto De 2007. Sentencia 14854 De 29 De agosto De 2007. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Legis. doi: http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920423a97f034e0430a010151f034

Consejo de Estado. (2011). Sentencia 17767 de 2011 Consejo de Estado. Bogotá: Rama Judicial.
.

Consejo de Estado. (2011). Sentencia 25000 - 23 - 26 - 000 - 1995 - 00867 - 01(17767). Sentencia del 31 de enero de 2011. Sección Tercera. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Bogotá.: Rama Judicial del Poder Público.

Consejo de Estado. (2011). Sentencia 25000 - 23 - 26 - 000 - 1995 -00867 - 01 de enero de 2011. Sección Tercera del Consejo de Estado. Subsección C. Bogotá: Rama Judicial.

Consejo de Estado. (2014.). Sentencia 25000 - 23 - 26 - 000 - 1998 -03066 - 01. Sección Tercera Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público.

Consejo de Estado. (2015). Sentencia número 47001 - 23 - 31- 000 - 2001 - 00660 - 01 (36285) de 2 de diciembre de dos mil quince. Bogotá, Cundinamarca., Colombia: Rama Judicial.

Consejo de Estado. (2016). Sentencia 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312) A. Bogotá: Rama Judicial.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). CONPES 167. Bogotá. : Imprenta Nacional de Colombia.

Contraloría General de la República. (1997). Concepto 197. Sep. 28/17. Bogotá.

Corte Constitucional Colombiana. (2009). Sentencia C-713/09. Bogotá: Corte Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1998). Sentencia 397 de 1998. Bogotá.: Rama Judicial del Poder Público. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-397-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-713 de 7 de octubre de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa. Bogotá: Rama Judicial de Colombia.

Corte Constitucional. (2009). Sentencia C - 713 - 09. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-518/16. Bogotá: Rama Judicial del Poder Público.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia de Tutela 569 de 1998. del ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y ocho M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Bogotá: Rama Judicial.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. (2010). Proceso n.º 30933. Sentencia de (26 de mayo de dos mil diez. Bogotá: Rama Judicial.

Corte Suprema de Justicia. (2017). Sala de Casación Penal. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. SP 3963 - 2017. Radicación 40216. Bogotá: Rama Judicial.

Departamento Nacional De Planeación. (Sf De Sf De Sf). Colombia Compra Eficiente. Obtenido de COLOMBIA COMPRA EFICIENTE: <https://colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/seleccion>

Departamento Nacional de Planeación. (SF). Colombia Compra Eficiente. Obtenido de Colombia Compra Eficiente: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/fraccionamiento-de-contratos>

ESAP. (2018). Manual de Contratación. Bogotá: ESAP.

Estado., C. d. (2014). Sentencia 2010-00262 de febrero 20 de 2014. Bogotá: Rama Judicial.

Flórez Castilla, L. M. (2018). La Corrupción y La Contratación Directa. Tesis de Maestría . Bogotá: Universidad Javeriana.

Gimeno Feliu, J. M. (enero - abril. de 2019). Corrupción Y Seguridad Jurídica. La Necesidad De Un Marco Normativo De Las Decisiones Públicas Anclado En Los Principios De Integridad Y De Transparencia. Revista Internacional: Transparencia e Integridad, 1- 17.

Gonzales Rodríguez, R. (2015). Generalidades Del Principio De Transparencia En La Contratación Estatal: Contratación Directa; La Supervisión E Interventoría. Tesis De Maestría. Bogotá.: Universidad Militar Nueva Granada. doi: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/7246/GENERALIDADES%20DEL%20PRINCIPIO%20DE%20TRANSPARENCIA%20%20EN%20LA%20CONTRATACION%20ESTATAL%20CONTRATACION%20DIRECTA%20LA%20SUPERVISION%20E%20INTERVENTORIA.pdf;jsessionid=D12FCC23524FE1F9F188>

Luna Burgos, B. (2014). Mecanismos Jurídicos Contra La Corrupción En La Contratación Estatal En Colombia especial Referencia En Las Acciones Constitucionales En La Lucha

Contra La Corrupción. Bogotá: Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario Facultad De Jurisprudencia Maestría En Derecho Administrativo.

Martínez Cárdenas, E. E. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo. *Reflexión Política* (15), 148 - 162.

Matallana Camacho, E. (2016). *Manual de Contratación Administrativa*. Bogotá: Externado de Colombia. .

Meléndez, M. (19 de 02 de 2017). Más allá de la indignación. *Razón Pública*. Obtenido de <https://razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/10045-corrupci%C3%B3n-y-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica-problemas-y-soluciones.html>

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (SF). Guía de contratación pública para micro y pequeñas empresas -MIPYME-. Obtenido de Guía de contratación pública para micro y pequeñas empresas -MIPYME-: <http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/guiapymes/c19i9.html>

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2017). Guía de contratación pública para micro y pequeñas empresas -MIPYME-. Obtenido de <http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/guiapymes/c19i9.html>

Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Transporte. (SF). Régimen Contractual en Colombia. Bogotá. Recuperado el 2017 de 10 de 11, de <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/DocEstrategicos/ABCContratacion.pdf>

Mora Caicedo, E. R. (2017). *Derecho Administrativo y Procesal Administrativo*. Bogotá: LEYER.

Moreno Molina, J. A. (2011). *Derecho Global de la Contratación Pública*. México D.F.: Ubijos, Editorial S.A.

- Moreno Molina, J. A. (2019). Los Principios Generales de LCSP. Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla - La Mancha, 1(Extraordinario), 21 - 35.
- Newman Pont, V. Á. (2017). Corrupción e Instituciones de Control y de Justicia. En Fedesarrollo, lucha integral contra la corrupción en Colombia. Reflexiones y propuestas. (págs. 295 - 372). Bogotá: Fedesarrollo. De Justicia.
- Nieves - López, J. G. (enero - junio. de 2017). El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual. Verba Iuris, 37(12), 13 - 24.
- OCDE. (2011). Herramientas Para la Evaluación de la Competencia. Volumen 1. Principios. (Vol. 1). (OCDE, Ed.) París, Francia: OCDE.
- OCDE. (2016). Principios de Gobierno Corporativo de La OCDE y del G - 20. París: OCDE.
- OEA. (1996). convención interamericana contra la corrupción. Caracas: OEA.
- Palacios Oviedo, M. (2016). Principios de la Contratación Estatal Aplicables A Los Reglamentos Especiales de Contratación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Procuraduría General de la Nación. (2004). Proceso 161 - 1864 (165 -59152/00). Fallo del 20 de mayo de 2004. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Rama Judicial del Poder Público. Consejo de Estado. (2018). Concepto 2386 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá.: Rama Judicial.
- Regueira, E. (2017). Contratos de La Administración. Teoría y Práctica. . Buenos Aires: Editorial Jurídica Diamantes En Almíbar.
- República de Colombia. DNP. (s.f.). Contratación Directa. (C. COMPRA, Editor) doi: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/causales-para-la-contrataci%C3%B3n-directa>

Roa Fonseca, R. (2016). *Controversias Contractuales*. Bogotá: Armonía Impresores LTDA.

Rodríguez Arana, J. M. (2011). *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*. San José de Costa Rica: Ediciones Guayacán.

Rodríguez, L. (2015). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.

Salomón Castro, J. A. (enero a junio. Primer Semestre. de 2008). La reforma a la contratación pública. (UPTC, Ed.) *Derecho y Realidad* (11), 171 - 188.

Serrano Cuervo, A. (2014). *Corrupción En La Contratación Pública En Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Soler Misfud, E. (2017). El fraccionamiento del objeto de los contratos en la Administración Local: nociones generales de la división en lotes. El fraccionamiento indebido del objeto del Contrato. *Auditoría Pública*, 109 - 114.

Transparencia Internacional. Monitor Ciudadano de la Corrupción. Fundación Charles Leopold Mayer. (2019). *Así se mueve la Corrupción. Radiografía de los Hechos de Corrupción en Colombia. 2016 - 2018. Tercer Informe*. Bogotá: Corporación Transparencia por Colombia.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2013). Asunto C -440/13. Ref.-UE022. Luxemburgo: Unión Europea.

Vázquez Garranzo, J. (septiembre de 2018). Fraccionamiento Regular e Irregular del Contrato. *Revista Española de Control Externo*, 20(60), 157 - 187.

Veeduría Distrital de Bogotá. (2017). *Diagnóstico De La Concentración Decontratistas En El Distrito Capital. Vigencia 2016*. Bogotá: Veeduría Distrital. doi: [http://veeduriadistrital.gov.co/sites/default/files/files/Diagn%C3%B3stico%20de%20la%](http://veeduriadistrital.gov.co/sites/default/files/files/Diagn%C3%B3stico%20de%20la%20)

20concentraci%C3%B3n%20de%20contratistas%20en%20el%20distrito%20capital%20(vigencia%202016)%20VF%20(13%20jul%202017).pdf

Villar Borda, L. (2007). Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. Revista Derecho del Estado, 73 - 95. doi: file:///C:/Users/Ricardo%20y%20Mayra/Downloads/Dialnet-EstadoDeDerechoYEstadoSocialDeDerecho-3400539.pdf