

CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA

Aportado por: Julián Herrera Calderón - Jmquevara3@hotmail.com

▪ **ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACION**

1. REGIMEN LEGAL DE LA CONTRATACION

2. REQUISITOS DE LA CONTRATACION

Formación; Celebración, ejecución y fenomenología

3. DE LOS PRINCIPIOS.

4. LAS NULIDADES.

5. LOS CONTROLES

1. Control Administrativo. 2. Control Disciplinario. 3. Control Jurisdiccional. 4. Control Fiscal.

6. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS.

a). La Conciliación. b). La transacción. c). El Arbitramento. D). La amigable composición.

7. LAS DIFERENTES MODALIDADES DE CONTRATO.

1. De Crédito Público. 2. De Fiducia.

BIBLIOGRAFIA: Eduardo García “La Contratación en la Administración Pública.”

Internet: “ANUARIO DE CONTRATOS”



1. ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACION

Lograr la paz, lograr las relaciones entre Estado y particulares y lo que es más importante, lograr una buena formación, desarrollo y prestación de los servicios públicos.

El instrumento del contrato permite crear lazos laborales; porque es mucha gente la que se vincula a través de la contratación estatal; máxime si se trata de un contrato de obras públicas pues, juzguen la cantidad de ingenieros, arquitectos; la cantidad de obreros y de trabajadores que logran buscar un espacio para desarrollar sus objetivos. También a través de la contratación se logra el desarrollo de la técnica fíjese tanta importancia ha tenido la contratación en el desarrollo de la técnica, de las estructuras, en el novísimo régimen estructural de la contratación que ha creado una nueva póliza para patentar las invenciones de la ingeniería moderna; para cobrar derechos de autor sobre la ingeniería moderna. La contratación se permite también crear el desarrollo científico; por ejemplo el último viaducto que se construyó aquí en Pereira fue producto de una patente ya donde se garantizaron derechos de autor y derechos de patente de

explotación industrial a muchos sectores que habían creado este procedimiento. Y a través de la contratación Estatal, naturalmente buscamos la mayor participación no solamente de los organismos estatales, sino de la banca de la industria y de los organismos internacionales. El proceso neoliberal muy criticado logra también sus grandes inversiones también a través de la contratación a través de las operaciones de crédito público a medida que han tenido contratistas se debe a que justamente se debe al espacio a la apertura del principio de reciprocidad, lograda a través de tratados como el grupo del G3, el grupo de los Siete, donde los extranjeros llegan en igualdad de condiciones pero permiten también tener ese principio de reciprocidad para con **nosotros los colombianos llegemos como llega "Concreto" como llega "Civiles" a Venezuela y a México, en igualdad de oportunidades; entonces ha proyectado el desarrollo internacional de la relaciones entre los distintos países. Ha permitido crear un nuevo bagaje doctrinario y jurisprudencial que anteriormente no se veía. La contratación hoy en día es una ciencia totalmente independiente con su propia estructura, con su propio régimen con su propio juez. Pero a diferencia de lo que ocurría anteriormente que era supremamente imponente en la aplicación de las normas de derecho público, hoy día son la excepción. Hoy día la normas de derecho público indubitablemente tienen aplicabilidad en el proceso de formación, celebración y ejecución del contrato pero, hoy constituye la regla única y exclusiva; hoy día al contrato se le puede aplicar todo tipo de normas, dependiendo de la naturaleza del mismo; entonces miremos desde el punto de vista de la normatividad, el contrato ha tenido un desarrollo universal de acuerdo al perfil que le de cada una de las partes y teniendo en cuenta el perfil del contrato se le pueden aplicar normas de derecho público, normas de derecho civil, normas de derecho comercial, normas de derecho laboral, incluyendo normas de derecho penal que se han visto en los últimos días a raíz de la responsabilidad que se ha asumido en esta materia.**

El contrato a parte de lo anterior tiene dos protagonistas, uno de ellos imprescindible, importantísimo, ineludible: es el Estado, hace parte de la relación del negocio jurídico público; siempre tendrá presencia inevitablemente. El estado será siempre el punto central del negocio jurídico, bien como sujeto activo o bien como sujeto pasivo; entendiendo como sujeto activo al Contratista y sujeto pasivo al contratante; puede asumir cualquiera de los dos papeles. Como contratista lo vemos en las operaciones de crédito público cuando la banca oficial celebra operaciones de crédito público celebra operaciones con particulares. Lo vemos también en el caso de Indumil y en muchas sociedades de economía mixta; en las empresas de Servicio Público en donde asume las funciones de sujeto activo, pero la mayor parte de las veces es contratante es sujeto pasivo, al Estado le hacen, le suministran, le prestan servicios, le construyen.

Siempre habrá relaciones entre instituciones públicas, entonces el contrato será interestatal sometido a las normas de derecho público y de derecho privado, y así se aplique normas de

derecho privado, el contrato no pierde la categorización de contrato estatal y esa es una de las características importantes, serias e ineludibles del régimen de contratación moderna. La categorización única como contrato estatal sea cual sea la persona pública que lo celebre o suscriba siempre tendrá la condición de contrato estatal: cualquiera que sean las normas que se apliquen siempre será contrato estatal. Ese es un sello imprescindible, ineludible en el negocio jurídico. Simplemente entonces se aplicarán los procedimientos en igualdad de condiciones. En la contratación interestatal se hará abstracción de la aplicación de las ritualidades o solemnidades como la licitación, el concurso de méritos, el registro de proponentes, pero el contrato seguirá con la condición de contrato estatal. Una característica importante —La categorización— como contrato estatal.

Segunda característica importante de esta institución es la aplicación universal de las normas: es decir al contrato le podemos aplicar según las condiciones y según la naturaleza cualquier tipo de normas, habrá ocasiones que solamente aplicaremos normas de derecho público como en el caso de los monopolios, en el caso de los servicios públicos haciendo abstracción de los servicios públicos domiciliarios; en el caso de la explotación de servicios estatales, siempre haremos casos de las normas de derecho público; pero en otros casos no, pero no pierde la condición y una característica virtual interesante es que solamente habrá un juez y acabamos con esa dicotomía que presentaban las normas anteriores que si el juez no era civilista, había que llevarlo a los jueces civiles, que si se aplicaba una relación laboral había que llevarlo a los jueces laborales. Hoy en día con la categorización del contrato estatal implica que hay solamente un juez, no solo del conocimiento de la controversia sino un juez de la ejecución, que es una innovación prevista en el nuevo régimen; a través del juez contencioso administrativo que no es solo después de la controversia, sino que hace papel protagonista como juez ejecutivo, desplazando de esta manera a la justicia ordinaria de los procesos ejecutivos. Son características importantísimas.

Dentro de los aspectos generales, también es importante destacar el desarrollo que en materia internacional ha tenido la contratación. Los países iberoamericanos se comprometieron a tener un mismo esquema en materia de contratos. Implica esto que por ejemplo, los Venezolanos saben que cuando contratan con Colombia, saben de antemano cuales son las normas.

La prelación de normas de derecho ritualado es importantísima se aplica casi en un 80% de la contratación reguladora o vigente actual del derecho positivo colombiano. La contratación el régimen estricto del derecho público casi solamente esta referido a las obras públicas, a los contratos de prestación de servicios, a los contratos de consultoría, pero los contratos de arrendamiento, los contratos de Fiducia, los contratos de venta; los de venta de bienes

inmuebles, tienen una regulación eminentemente civilista apoyándose mucho en las normas del comercio, tratándose de los contratos de concesión; tratándose de contratos de Fiducia, el de Fiducia tiene su gestación su origen en el código de Comercio. El perfil de la Ley 80 de 1993 esta orientado al principio de la autonomía de la voluntad de las partes; este es más o menos su norte, este es su cauce, se respeta la autonomía de la voluntad de las partes pero se le permite al Estado utilizar sus poderes excepcionales cuando tiene que realizar actividades públicas como el caso de las obras públicas, como el caso de los servicios públicos diferentes a los domiciliarios. El mismo esquema normativo excluye a las empresas de servicios públicos domiciliarios se les da un crédito especial, tienen un tratamiento especial, pero la ley les dice que cuando se salen de esta actividad tendrán que someterse a la ley 80/93 y por eso señala algunos casos como en el artículo 39 de la ley 142/94, que los obliga a regularse bajo las normas de la ley 80/93.

2. REGIMEN LEGAL DE LA CONTRATACION

Indudablemente en el proceso de la contratación se aplica el principio de la buena fe, de la transparencia; de la moralidad, y ese fue el motivo por el que se categorizaron los principios de transparencia y de la moralidad; pero, como que más se incentivó la corrupción.

Cuando hablamos del régimen legal de la contratación (régimen = conjunto de normas que dentro del esquema legal se han expedido dentro de la contratación), antes hacía una enumeración, ahora se dividirá en tres grandes franjas:

1ª). Lo que corresponde la teoría del liberalismo clásico, cuando no existía contratación sino toda la regulación en materia de relaciones entre el Estado y los particulares, se ventilaba desde el esquema del libro Cuarto del Código Civil Colombiano.

2ª). La del intervencionismo de Estado.

3ª). Que es la del Estado Social de Derecho.

Vamos a ubicar las normas que se expidieron en cada una de estas tres etapas:

1ª). En el Liberalismo clásico:

La advertencia en esta etapa, es que todavía no había vestigios de contratación administrativa; no se hablaba de ella. La contratación se suscitaba como si contratáramos entre particulares.

Empezamos con la norma de la **Lev 163 de 1896**. Este es el aspecto cultural de la contratación. La ley 163 de 1896, estableció la «*Comisión gubernamental*»; una comisión asesora en vista de que el Presidente estaba dedicado a la guerra. Se crea con esta ley la “Comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones”. Era una comisión gubernamental que prácticamente regulaba todo tipo de operaciones de crédito; todo tipo de contratos, a nombre del gobierno nacional que revestía una particularidad: Tenía la Comisión toda la rectoría o la gerencia en estos tipos de contratos y cuando pasaban de \$3.000, podían estas decisiones ser cuestionadas a través de los recursos corrientes, si las decisiones de esta Comisión no eran apeladas, iban en consulta o recurso de alzada al Consejo de Estado, que definía si los contratos en estas materias se habían efectuado bien o se habían efectuado mal. Se hizo abstracción a las operaciones de crédito público o sea a los empréstitos, a los contratos de suministros; extraño es que no estuvieran los contratos de obra; no están mencionados allí; a lo que eran expropiaciones y a los operaciones de crédito propiamente. Esos contratos debían de ir al Consejo de Estado en caso de que no fueran apelados o no fueran cuestionados.

Segunda norma propia del Liberalismo clásico: **La ley 4ª de 1905**: Tuvo como característica: introducir en los contratos de obra por primera vez y con carácter unilateral la «*Cláusula penal pecuniaria*». (La cláusula penal pecuniaria tenía en el Decreto 222/83, la condición de una potestad excepcional del Estado, es decir de cláusula exorbitante. Esa condición o potestad excepcional desapareció con la Ley 80 de 1993 y desapareció porque hoy día, para ubicarnos en la temática moderna, la Cláusula penal pecuniaria es una cláusula condicionada que se hace a referendo de aplicación de otra cláusula quiere decir esto que la cláusula penal pecuniaria no es una cláusula independiente. Pecuniaria viene de pecunius: pena de pecunius, es decir una pena en dinero que se aplicaba al contratista cuando le incumplía al Estado: pero, se estableció con un carácter unilateral. El Estado hacía un cálculo de antemano de cuanto serían los posibles perjuicios que podría sufrir en caso de incumplimiento del Contratista, los fijaba en el contrato y se los imponía al Contratista) nació como una prerrogativa estatal por el Contrato de Obras Públicas con la ley 4ª de 1905, y esa fue la primera prerrogativa que se estableció a favor del Estado. Hoy día la Cláusula penal pecuniaria esta condicionada, esta atada a la aplicación de la Caducidad Administrativa, es decir, cuando se decreta la caducidad administrativa, se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria. Por eso es que no es una cláusula independiente (en las resoluciones que declaran la caducidad, en su artículo segundo o siguiente señalan que como consecuencia de la declaratoria de la caducidad se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria). Sin la cláusula penal pecuniaria, la caducidad sería simplemente una sanción moral, sanción jurídica, pero no económica. Hay que castigar al contratista que incumple, que causa perjuicio notoriamente grave al Estado, y la forma para materializar ese castigo es a través de la cláusula penal pecuniaria. La cláusula penal pecuniaria a diferencia de las multas, sanciona es el incumplimiento total, el perjuicio notoriamente grave causado por el incumplimiento por parte del Contratista. Si no se decreta la caducidad no se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria. Antes la doctrina y la

reiterada Jurisprudencia del Consejo de Estado, permitía al Estado en que no se estipulara la cláusula de caducidad, o que el contrato no llevase cláusula de caducidad, se le daba poder exorbitante al Estado de declarar el incumplimiento, para remplazar la caducidad, eso no se puede hacer, hoy solamente existe la caducidad administrativa. Hay contratos que no llevan cláusula de caducidad, por ejemplo el contrato de arrendamiento no puede llevar cláusula de caducidad, lo contrario si llegase a estipular la cláusula de caducidad en un contrato de arrendamiento, sería el contrato mas ilegal, estaría viciado de nulidad porque, hay contratos que están abstraídos de la aplicación de las cláusulas excepcionales; los previstos en el parágrafo del artículo 14 de la ley 80/93 por ejemplo están desprovisto de la cláusula de caducidad. Lo contrario, si se llega estipular ese contrato sería lo mas ilegal y antijurídico. Entonces, la cláusula penal pecuniaria es resultado de la resolución de declaratoria de caducidad. No es una cláusula independiente, es una cláusula atada. Las multas a diferencia de la cláusula penal pecuniaria sancionan el incumplimiento parcial, por mora en las obligaciones, por cumplimiento deficiente; pero, eso se hace es en la ejecución del contrato. La cláusula penal pecuniaria solamente se aplica en la terminación anormal del contrato cuando es necesario decretar la caducidad administrativa.

Tercera norma: **Ley 53 de 1909**. Esta norma crea oportunidades en el derecho administrativo «*La cláusula de la caducidad administrativa*» en esta ley se establece que todos los contratos de obras a partir de esa ley debían llevar la cláusula de caducidad administrativa. Nótese que aquí empieza a romperse el esquema de igualdad de las partes previsto en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano. La Ley 53 de 1909 establece por primera vez la cláusula de la caducidad administrativa, El instituto de la caducidad Administrativa no ha sido el mismo a través del tiempo uno fue la versión de esa época; otro fue la versión del Decreto 150/76 y del 222 de 1983 y otra muy distinta es la versión que hoy día tiene la ley y el derecho en torno a la caducidad. Nótese que si hablamos de inmediatez del 222/83 estructuraba para la declaratoria de caducidad muchas causales, incluyendo en forma irreverente la fuente. Hoy día no, hoy solamente hay una causal que es el incumplimiento y no cualquier clase de incumplimiento, sino ese incumplimiento que deja huella perjuicio; ese incumplimiento que es notoriamente grave que conduce a la paralización del contrato; que conduce a la paralización del servicio, mientras no se llegue a ese estadio no se podrá declarar la caducidad, porque es la muerte en vivo del contratista con las repercusiones jurídicas que de ella se derivan en su aplicación. Es decir lo peor que hoy en día le puede pasar a un Contratista es que le decreten caducidad.

La Caducidad es una potestad excepcional del Estado de carácter unilateral que le permite al Estado utilizarla cuando el Contratista le incumple pero de una manera notoria no de cualquier manera, porque los incumplimiento parciales que son preventivos se sancionan de otra manera a través de las multas. Aquí es el incumpliendo total; del incumplimiento sobre el cual ya no hay nada que hacer, cuando es un hecho notorio. La misión que tienen hoy día los representantes legales de la instituciones públicas es evitar por todos los medios y por todas las circunstancias que el Contrato se paralice.

Ley 110 de 1912.- «*Código Fiscal Nacional*». Con esta norma empieza, se crea la Licitación. La Licitación ha tenido muchas denominaciones; Roberto Dromi, en su tratado dedicado a la Licitación, ha señalado todo el desarrollo histórico que ha tenido la Licitación en el mundo y la forma como los países latinos y los países europeos practican la Licitación y el esquema del procedimiento de la Licitación.

Que es la Licitación?. La Licitación es un procedimiento solemne, que se sustrae de todos los procedimientos corrientes y que le permite al Estado utilizarlo para lograr las mejores propuestas. El Estado bajo ciertas reglas previamente definidas escoge la mejor propuesta; propuesta que atemperándola a las coyunturas, no es la que corresponde al mas bajo precio, sino la que corresponde al precio que de acuerdo a las circunstancias económicas, sea el precio normal, el precio de la ley de la oferta y la demanda. La propuesta más favorable es la que sumada todos los demás factores de ponderación da la mejor calificación, el mejor resultado en criterio de las Comisiones evaluadoras y el criterio del Representante Legal de la entidad que tiene toda la responsabilidad de la adjudicación del contrato.

Cuando el Código Fiscal Nacional crea por primera vez la Licitación, lo hizo con el ánimo de aplicarlo al contrato de Obras Publicas.

La Ley 63 de 1921.- y **Ley 106 de 1931**.- A estas normas (que son normas extensivas) porque lo que hicieron fue extender estos privilegios de la Caducidad; de la Cláusula Penal Pecuniaria y de la Licitación a otros contratos, todas estas normas aparejadas al Contrato de Obras públicas. Estas normas, la Ley 63 de 1921 y Ley 106 de 1931 extendieron la posibilidad de utilizar la Cláusula Penal Pecuniaria, la Caducidad y la Licitación a los contratos de suministros, a los contratos de prestación de servicios y a otros contratos, pero particularmente los señalados.

Con lo anterior terminamos la etapa del Liberalismo clásico, que en resumen es una etapa incipiente muy precaria, inconsistente en materia de contratos administrativos de los que no se hablaba, pero sí aparecieron las primeras definiciones. No había todavía ninguna regulación en cuanto a su cuestionamiento porque en ese entonces la misma Constitución de 1886 hacía remisión del cuestionamiento de los contratos que celebraba el Estado a la misma Corte Suprema de Justicia. O dicho de otra manera, todavía no se hablaba de contrato administrativo, no había normas de derecho público; no había juez especializado para el cuestionamiento de estos contratos. Es esta la etapa primaria de la contratación estatal.

2ª). La Etapa del Intervencionismo de Estado.

Esta etapa, es coexistente con la aparición de la teoría del Servicio público. Corresponde más o menos a la mitad del siglo (de 1940 a 1960) Es la etapa del esplendor del servicio público. Esta la radicamos con la **Ley 167 de 1941**, que corresponde al

«Código Contencioso Administrativo» que tuvo vigencia hasta el año de 1984, cuando se expidió el Decreto 01 de 1984. Esta ley (167 de 1941) tiene una importancia porque fue una ley que despertó gran controversia. En esta etapa del Intervencionismo de Estado se nota ya una dinámica distinta de la contratación estatal. *Es esta la etapa formativa* en cuanto se refiere al proceso de la Contratación estatal.

De la Ley 167 de 1941, dos normas importantes para destacar: el artículo 73 y el artículo 254. El art. 73, para reafirmar la Constitución de 1886, decía que tiene la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las controversias en materia de contratos administrativos (aquí ya se habla de contratos administrativos, nombre que no correspondía a la realidad). El Artículo 254 que luego fue el motivo de la controversia, impuso o le atribuyo con carácter obligatorio a las instituciones públicas la estipulación forzosa de la Cláusula de Caducidad en los siguientes contratos: Obras Públicas; prestación de servicios; suministros y operaciones de crédito público y de empréstitos (en estos últimos su explicación esta dada por cuanto que los Bancos o entidades financieras eran estatales). La controversia se concretaba al artículo 254, porque se salía del esquema de igualdad de las partes que se pregona en derecho civil en el artículo 1602 y se sigue estipulando normas del derecho civil, resultando entonces contraria a la regulación libertaria del Contrato Civil.

En 1955 se produjeron dos normas importantes: El **Decreto 351 de 1955** que estatuyo el primer «*Estatuto Nacional de Compras*» dando solución a la anarquía que existía en todos los entes del Estado en materia de compras; de cómo se debía comprar. Se crearon aquí las famosas “Cotizaciones”. Creo también el “Comité de compras”. Estableció un régimen de competencias en cuanto a cuantía para las compras y los suministros.

El **Decreto 1050 de 1955**, constituyó el primer «*Estatuto de empréstito o de operaciones de crédito*», se daba la noción de lo que era un empréstito; establecía las distintas fases de las operaciones de crédito público interno, establecía los procedimientos para obtener los recursos del crédito con los bancos nacionales; establecía los procedimientos para llegar al Banco Mundial; establecía que requisitos se debían cumplir para obtener empréstitos internacionales, se hablo por primera vez de la carta de Crédito, etc.

En 1960, se expide el **Decreto Legislativo 550**, que establece el estatuto de *los «Contratos Interadministrativos»* señalando que se debían regular dentro del esquema de la contratación civil del Código Civil Colombiano, Libro Cuarto, pero que el cuestionamiento si lo debía hacer la Justicia Contenciosa en razón a que esta de por medio el interés público.

En ese mismo año (1960) El Congreso le atribuyo a la Contraloría la facultad de regular todo lo concerniente a la constitución y aprobación de las garantías de los contratos que celebraba el Estado.

Hasta aquí lo que se refiere la etapa normativa o etapa que corresponde al Intervencionismo de Estado, fue una etapa donde aparecieron normas serias que regularon ciertas materias en

contratación estatal, donde apareció un sin número de jurisprudencias, particularmente en lo que se refiere a la Caducidad.

3ª). La Etapa del Estado Social de Derecho.

Esta etapa, es la etapa institucional. Las normas deben tener un sentido pedagógico; deben entenderse para poderlas aplicar. Corresponde esta etapa a la previsión de la contratación en torno a los servicios públicos; es ya la escuela institucional donde la contratación estatal formaliza sus propias normas, su propio juez, su propia condición doctrinaria y su propia condición jurisprudencial. Y esta arranca en el año de 1964; arranca el proceso institucional de la contratación con una norma que fue producto de la discusión de la época anterior y fue el **Decreto Ley 528 de 1964**, Decreto Ley que dentro del historial normativo corresponde al decreto «*marco de las competencias*» en el conocimiento del cuestionamiento de los contratos administrativos. Hasta el año de 1964 la controversia que giraba en torno a los contratos, particularmente en lo que correspondería a las indemnizaciones, a los perjuicios derivados de la ejecución de los mismos los conocía la justicia ordinaria, los jueces civiles del circuito, las Salas Civiles de los Tribunales Superiores y la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia en los contratos de mayor cuantía; este se le atribuye por primera vez como resultado de la presión ejercida por el Consejo de Estado. El Decreto 528/64 le atribuye por primera vez a la Jurisdicción Contenciosa el conocimiento sobre las controversias derivadas de los contratos administrativos en sus distintas manifestaciones, no solamente desde el punto de vista de la legalidad sino desde el punto de vista de los perjuicios derivados de los mismos. Se aprovecho la coyuntura de este Decreto; también le atribuyo a la justicia contenciosa el conocimiento de los juicios de responsabilidad civil extracontractual del Estado; hasta ese entonces, toda la problemática giraba en torno a los hechos administrativos, a las operaciones administrativas; a las vías de hecho, a las abstenciones de la Administración pública, eran de conocimiento de la justicia ordinaria; a partir del Decreto 528/64 se le atribuye el cuestionamiento en materia de responsabilidad civil extracontractual a la justicia contenciosa; el cuestionamiento también de todas las acciones derivadas del régimen de propiedad industrial, igualmente los juicios agrarios. Fue un Decreto muy prodigo en cuanto al enriquecimiento de las competencias de la justicia contenciosa. Se le atribuyo también el cuestionamiento de los problemas agrarios, particularmente lo relativo a la extinción del derecho de dominio; la adjudicación de bienes baldíos. Se le atribuye también lo referente a ciertas garantías procesales, sobre el cuestionamiento derivado de los juicios de ejecuciones fiscales, la utilización de los recursos (apelación, consulta). También la justicia Contenciosa, asume la competencia del conocimiento de los incidentes procesales contra estos mismos juicios, el caso de los impedimentos, las recusaciones, de las excepciones que particularmente eran perentorias y el régimen de las nulidades procesales, su cuestionamiento sobre los juicios de ejecución fiscal se le atribuyo a la justicia contenciosa administrativa. Le atribuyo también el conocimiento de toda la problemática petrolera y minera; es decir que se nutrió notoriamente el régimen de las competencias, particularmente lo que corresponde hoy día a la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

En este año de 1964 también se produce una ley que es la Ley 4ª. Esa **Ley 4ª de 1964** establece por primera vez un «Estatuto sobre Obras Públicas». De esta ley surge un paquete de normas relativas al Contrato de Obras Públicas; El **Decreto reglamentario 518 de 1965** y una norma que modificó la Ley 4ª/64 que fue la **Ley 36 de 1966**. A todas las anteriores normas se le llamo el «Estatuto de Obras Públicas». Es importante este estatuto que fue reproducido casi en su integridad por normas posteriores. Le dio el Estatuto una definición al contrato de Obras Públicas.

Tiene el contrato de Obras Públicas, marcados tres elementos:

- 1º. Un trabajo público (esfuerzo material que hace directa o indirectamente el Estado).
- 2º. Tiene como base fundamental un bien inmueble, y
- 3º. El interés general que debe producir la realización de una obra pública.

También el Estatuto, *tiene la clasificación por su objeto* de los contratos de obras públicas; los contratos de estudios de prefactibilidad, factibilidad, los diseños, los planos, todo lo que es la coordinación de obras, asesorías técnicas sobre obras y el segundo aspecto lo relativo a la construcción. Estas normas crearon por primera en el derecho positivo colombiano el «*Contrato de Interventoría*»; contrato este de suma importancia ya que gracias a la interventoría se ven buenas obras y por la segunda misión de la interventoría, que es la contable, debe verificar que el dinero del presupuesto se invierta bien. Se establece por primera vez un procedimiento para los contratos de Obras Públicas; aquí fue donde surgió la “*Orden de Trabajo*”; *Los contratos simplificados*.

Dentro de esta etapa institucional, en 1974 se expide la **Ley 28 de 1974**. Es una *Ley de autorizaciones* que fue muy cuestionada, se le dio facultades por un año al Gobierno Nacional para expedir por primera vez un “*Estatuto Integrado en materia de contratación*”. (Cuestionada también por haberse incluido en el artículo 3º que el Personero era el representante legal del municipio. Expresión que nada tenía que ver con la contratación). El propósito de la autorización para la expedición del Estatuto Integrado era que permitiera codificar en un solo texto toda esa serie de normas dispersas que venían desde el año de 1905.

En cumplimiento de la mencionada autorización, se expidió el **Decreto 1670 de 1975** (decreto que duró un solo día) que por su improvisación múltiples errores, expidió el Gobierno el **Decreto 150 de 1976**. Este Decreto le dio mucho énfasis a las ritualidades, a las solemnidades, a los procedimientos ad sustanciam actus, primero porque creó el «*Concurso de méritos*» (para evaluar a las personas, valorar las ideas, estudios macro, estudios de factibilidad) que no existía. Creó el «*Registro de Proponentes*», estableció la clasificación de las licitaciones en pública y privada y el procedimiento para ambas. **Se logro con el Decreto 150/76 unificar toda la temática de contratación**. Tuvo el Decreto 150/76 vigencia por 7 años, hasta cuando se expidió la ley 19 de 1982 .

La **Ley 19 de 1982**, fue muy precisa en las materias que debía regular el ejecutivo, y los principios de interpretación, modificación y terminación unilateral que hoy día son cláusulas, «*formalizando así por primera vez los principios rectores en materia de*

contratación». Acabó con la equivocada interpretación que se le estaba dando al régimen de las inhabilidades e incompatibilidades. La ley 19 de 1982 tuvo una virtud, de «*establecer el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades*», disponiendo que solamente la ley podía establecer restricciones al ejercicio de la libertad contractual. Estableció la doble clasificación de los contratos. La clasificación genérica de los contratos: Contratos Administrativos y Contratos Privados con cláusula de caducidad.

En desarrollo de la Ley 19 de 1982, se expidió el **Decreto 222 de 1983**. Se orientó en su aplicación y en su desarrollo a las entidades públicas nacionales. *Le dio mucho énfasis el Decreto 222 de 1983 a la Caducidad Administrativa, volvió a recobrar lo que se vivió en la etapa formativa o etapa del Intervencionismo de Estado. La Caducidad fue el punto central del 222/83. El solo hecho de haber establecido una clasificación genérica en contratos administrativos y contratos privados con cláusula de caducidad, le estaba dando mucha importancia a la caducidad administrativa. Lo que se pretendió por el legislador fue definir el régimen de competencias, los contratos administrativos iban a la justicia contenciosa administrativa, se le debía aplicar las normas de derecho público y los contratos privados con cláusula de caducidad debía aplicarse las normas de derecho privado Libro 4º del Código Civil Colombiano, las normas del Código de Comercio y de ahí su cuestionamiento a la justicia ordinaria, a la justicia civil.*

Características del Decreto 222 de 1983:

- 1- Creo el contrato de Consultoría derivado o surgido del contrato de Obras públicas.
- 2- Amplio la nomenclatura de los contratos Administrativos a doce (12).
- 3- Establece por primera vez procedimientos en materia de contratos para las fuerzas armadas.
- 4- Estableció un procedimiento de contratación para las entidades descentralizadas, en desarrollo del concepto de autonomía administrativa de que disponían.
- 5- Estableció un procedimiento muy propio para las Superintendencias.
- 6- La protección a la Industria y al trabajo Nacional en materia de contratos.

El Decreto 222 de 1983 fue el fundamento para la expedición de lo que es hoy día la Ley 80 de 1993.

La **Ley 80 de 1993**, fue producto de muchas discusiones previas a su expedición, fue una norma muy consultada; no tuvo improvisaciones en el Legislativo, partiendo que fue el Constituyente del 1991 quien innovó o incentivó el rescate del poder legislativo, obligando a través del artículo 150 de la Constitución al Legislativo a expedir un estatuto en materia de Contratos.

Para su expedición, siendo de iniciativa del Gobierno, se presentó el proyecto de ley registrado en el Congreso con el número 62 de 1991 y 191 de 1992.

El principio orientador de la Ley 80/93, es el de *la autonomía de la voluntad de las partes*. Son las partes las que deben definir el negocio jurídico; salvo los casos excepcionales que se plantean según el objeto, pero hay una posición civilista, neoliberal.

Terminaba con el excesivo reglamentarismo que contenía el 222/83, reglamentarismo que disponía no solo cada contrato sino el que establecía cada entidad. Ahora es un solo procedimiento es un Estatuto Unico. Reglamentarismo al que se esta volviendo hoy y en vigencia del la Ley 80/93, pues hay entidades que tienen su propio reglamento, por ejemplo el Departamento Administrativo de la Aeronáutica, tiene su propia reglamentación; las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios tienen su propio reglamento en materia de contratos. Todo el régimen corporativo del “Ecosistema” tienen su propio reglamento en materia de contratos.

Estableció la «*categorización única del contrato*». Establecer una categoría única en materia de contratos es unificar la razón social del mismo. Hoy día **no** se habla ya de Contrato Administrativo, esta denominación quedó proscrita; lo que permite a todas las entidades ser sujeto de relaciones contractuales.

Otra de las condiciones de la Ley 80/93, fue la unificación jurídica el marco conceptual disperso en varias normas, en un solo estatuto único para todo el país, es una de las características; es lo que podría llamarse la universalización normativa es decir el establecimiento en un solo texto en materia de contratos para todo el país por encima de la autonomía de la entidades territoriales. La universalización acabó con los Códigos Fiscales. La misma Ley 80/93 dice que todas las entidades públicas deberán expedir estatutos orgánicos pero que desarrollen la Ley 80/93 de acuerdo a su propia actividad; quiere decir esto que por ejemplo cada municipio debe tener un propio estatuto que debe delinarse de acuerdo con la Ley 80/93.

Con la Ley 80/93 en materia de la Responsabilidad Contractual, se precisó primero, los tipos de responsabilidad que antes no estaban definidos, habló de responsabilidad penal muy claramente, estableció unos tipos muy bien definidos. Segundo, precisó o estableció los sujetos responsables y, tercero, estableció los efectos de la responsabilidad penal. Los efectos son directos.

En el orden procedimental, con la Ley 80/93, se acabó con las excesivas presencias o intervención de los organismos corporativos, mas de carácter formalista.

Se categorizaron constitucionalmente por primera vez los principios de contratación: principio de transparencia, de economía el de responsabilidad, algunos otros principios específicos como el Código ético del funcionario. No es la norma de la Ley 80/93 rígida en su imperio normativo, sino que permite la interpretación de las normas de derecho civil, del derecho comercial; permite acoger principios generales del derecho, como el principio de la buena fe, como el principio del enriquecimiento sin causa; principio del error común, el abuso del derecho, principios propios del derecho administrativo, como el principio de legalidad, el principio del interés general.

3. REQUISITOS DE LA CONTRATACION ESTATAL

Las cuatro fases del contrato:

1. Formación del Contrato.
2. La celebración del contrato.
3. La Ejecución.
4. La Terminación del contrato.



Un contrato termina normalmente o termina anormalmente. La terminación del contrato ha tenido una gran importancia en los últimos años; la Ley 446 de 1998 dio gran importancia. A la terminación anormal del contrato debe de liquidarse para establecer cual fue el incumplimiento y calcular el grado de responsabilidad. La liquidación es una de las cláusulas presuntas. Se debe tener en cuenta el plazo y la vigencia del contrato (el plazo es el ciclo material dentro del cual se debe ejecutar un contrato y la vigencia se proyecta mas allá del plazo; es la vida jurídica del contrato). *El término para liquidar un contrato es el que convienen las partes.* Si las partes no lo convinieron en el contrato será de cuatro (4) meses y después de este termino podrá también liquidarse hasta el término del vencimiento de la caducidad para el ejercicio de la acción contenciosa o sea, hasta los dos (2) años. Las anteriores etapas se verán bien en los requisitos del contrato; en los requisitos preparatorios, en la capacidad o sea de las partes en el contrato; y en lo que concierne a las cooperativas; la incapacidad.

Todas las entidades de salud, basta leer la numeración que trae el artículo 82 de la ley 489/98. Las unidades administrativas especiales. Hay una crítica, porque el legislador distingue dos tipos de Unidades Administrativas especiales las que tienen y las que no tienen personalidad jurídica. También las entidades públicas asumen su incapacidad con habilitación, en razón a que en estricto rigor no son personas jurídicas, pero que pueden contratar directamente sin problema alguno porque la ley los habilitó a muchos organismos de las tres ramas; por ejemplo en la rama Legislativa, se habilitó al Senado y a la Cámara, entidades a las que se les asigna un presupuesto y contratan a nombre de cada una de ellas, del Senado o de la Cámara. En la rama jurisdiccional: se habilitó a la Fiscalía, que tiene su propio presupuesto; su propio Director Administrativo. Para efectos de la demanda se puede tomar como demandante o demandada a la Fiscalía, sin problema alguno porque están habilitados en materia de contratos, pero no para otras materias, como en tributaria, en materia laboral, como tampoco lo podría ser demandante o demandada en materia de responsabilidad civil extracontractual porque para estos casos no tienen personería jurídica. En la rama jurisdiccional, el Consejo Superior de la Judicatura. En la rama Ejecutiva quedaron habilitadas para ser sujetos de relaciones contractuales: Los Ministerios; los Departamentos Administrativos, las Unidades Administrativas Especiales sin personería. También quedan habilitados los organismos de Control como La Contraloría; la Procuraduría General de la Nación; la Personería.

La capacidad de las personas jurídicas por extensión: Las Cooperativas en donde el Estado tiene aportes; las instituciones de Utilidad común donde el Estado tiene también alguna participación como las Asociaciones de Municipios y las Areas Metropolitanas.

Pueden ser sujetos de relaciones contractuales (o parte en el contrato) los funcionarios del Estado {el término de competencia es referida a la capacidad del funcionario}, los que actúan en forma directa porque tienen funciones propias (el Alcalde que tiene funciones asignadas; los Gerentes que son los representantes legales y como ordenadores del gasto pueden comprometer el

presupuesto en materia contractual). Tienen una competencia directa. La competencia o la capacidad también puede darse en una forma indirecta, en ejercicio de funciones impropias que no son de éste funcionario, a través del mecanismo de la delegación. Esta se da a nivel jerárquico, a nivel estratificado para ser más expedita la función contractual. Esta delegación no se puede subdelegar. Entonces son funciones propias en materia de contratos, las que puede ejecutar directamente el funcionario sin que requiera autorización especial e impropias, las que requieren la autorización del delegante.

En cuanto a la capacidad de las personas naturales que pueden ser sujetos de las relaciones contractuales, son: los mayores de edad con base en la función civilista que pueden obligarse por si mismos: Los que no están interdictos.

En lo que se refiere a la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado que pueden ser sujetos de las relaciones contractuales, esta circunscrita a su objeto (principio de la especificidad), al objeto de la persona jurídica en forma exclusiva. Pueden contratar en aquello que el objeto les permita (en el cual se hallen inscritas en el Registro de la Cámara de Comercio) y en cada contrato con un solo objeto, es decir que no podrá ser contratista constructor o consultor y a la vez proveedor, salvo cuando se trate del contrato de Concesión porque este es sui generis en donde podría suministrar los materiales y realizar la ejecución de la obra a la vez.

Formas de Participación de las personas de Derecho Privado.

Hay cuatro (4) formas mediante las cuales la personas de Derecho Privado pueden ser contratistas o contratantes del Estado:

1. **En forma directa o simple.**

Quando la persona cuenta con los recursos (logísticos y financieros) suficientes. – el concepto directo o simple, esta ligado con la autonomía financiera y con la autonomía técnica.

2. **Forma Consorcial.**

Es una forma de participación heterogénea que al decir de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en demandas de responsabilidad civil extracontractual lo tiene como una sociedad de hecho. En el contrato se debe ubicar como una sociedad de hecho porque no tiene la estructura de una sociedad comercial; simplemente es una reunión de personas naturales y jurídicas, que careciendo de capacidades individuales se reúnen para suplir lo que individualmente no tienen y se unen en forma coyuntural para el contrato; ejecutado el contrato, desaparecen.

Características del Consorcio:

La solidaridad en todas sus manifestaciones (solidaridad en cuanto al cumplimiento y en cuanto al incumplimiento).

La confianza entre sus miembros. Que se supone se deriva del conocimiento que tienen cada uno de sus miembros entre sí.

No requieren de autorización previa de la entidad pública para formarse o constituirse en Consorcio (conforme al Decreto 287 de 1996, que prohíbe a las instituciones públicas restringir la libre participación ya en forma directa o en forma corporativa, en seguimiento al principio de la transparencia).

El segundo procedimiento se refiere a la Cesión. En sentido que un consorciado puede remplazarse, mediante cesión a un tercero que reúna las mismas condiciones que el desaparecido, reemplazado o retirado.

3. **Por unión temporal.**

Es una forma de formular propuestas contractuales con características muy peculiares que las diferencian del Consorcio. Es una unión temporal para formular propuestas y en caso de adjudicación ejecutar el contrato. Dentro de las características de la Unión temporal, se destaca el punto central cual es el de *la Responsabilidad*. En materia de Unión temporal hay una distribución de responsabilidades en cuanto al cumplimiento pero, la responsabilidad no tiene la misma formalización en cuanto al incumplimiento de los miembros de la Unión Temporal, porque mientras hay una distribución equitativa en la solidaridad y en cuanto al cumplimiento se refiere, no se puede predicar lo mismo respecto del incumplimiento donde la responsabilidad se individualiza de acuerdo al gestor o a la persona que entro en el ejercicio de una función comprometida en este concepto empresarial de la Unión Temporal. Significa esto que si uno de los miembros de la Unión Temporal fue el causante del incumplimiento, en torno a él se aplicara la sanción y no a los demás. Esta figura ha sido muy criticada porque realmente el tema de la solidaridad no se puede dejar así en todas las situaciones. Respecto del Consorcio una de sus diferencias es que no existe la confianza entre sus miembros, razón por la que en la Unión Temporal cada uno de los socios responde por la etapa o parte que le corresponda dentro de la ejecución y cumplimiento del contrato.

4. **En forma acomodada o intencionada**, (únicamente para los contratos de concesión)

Es una forma de participación muy sui generis, que reviste particularidades muy especiales, muy propias del contrato de Concesión en donde la ley permite que se presenten propuestas intencionadas o proyectos de sociedades en donde concurren personas naturales y/o jurídicas y que en caso de serles favorable la licitación, entrarían a conformar o a constituir la sociedad comercial para la ejecución del contrato, acomodándose así a la estructura de la propuesta, para lo cual tendrían el plazo de un mes para formalizar dicha sociedad (anónima, limitada o en comandita por acciones).

LA CAPACIDAD.

Cuando no se reúnen las condiciones exigidas para la celebración del contrato, se dice entonces que hay incapacidad, o condición reveladora de ineptitud manifiesta para poder ser sujeto de relaciones contractuales.

Las inhabilidades y las incompatibilidades son la manifestación objetiva y subjetiva de lo que es el concepto de la incapacidad.

La traducción material de la incapacidad en los contratos será a través del régimen de las inhabilidades y de las incompatibilidades.

Concepto: Significa que existan.

JUSTIFICACION DE LAS INHABILIDADES Y DE LAS INCOMPATIBILIDADES

(Alberto Atehortúa)

Tema muy ligado al referente al principio de la transparencia, que se categorizo a norma constitucional, debido a la corrupción, a la inmoralidad y con el aparente propósito del constituyente al intronizarlo a norma constitucional que se mejoraría la moralidad en la contratación; justificación de las inhabilidades e incompatibilidades como restricción al ejercicio de las libertades públicas como garantía de pureza en la contratación, se debe a muchas razones: hay que evitar, alejar del proceso de la contratación la influencia familiar porque rompería el esquema de la igualdad de la imparcialidad en materia de contratos, producto de la transparencia. Tiene su justificación también en las presiones políticas, especialmente del compromiso de los funcionarios respecto de sus electores. El establecimiento de las inhabilidades e incompatibilidades también se debe a la advertencia de las influencias financieras, etc.

Naturaleza: Estas instituciones prohibitivas son de orden público porque solamente pueden establecerse por mandamiento legal, están reservadas siempre al legislador. La diferencia entre la inhabilidad y la incompatibilidad, la da el tiempo en que se configura dicha prohibición. Si la tacha, restricción o impedimento *se da antes de la celebración del contrato, se llama inhabilidad*. Entonces la Inhabilidad es un hecho prohibitivo antecedente a la celebración del contrato.

En cuanto a la incompatibilidad se refiere, el hecho coyuntural que lo distancia de la inhabilidad, *es el ejercicio mismo de la función pública*. Habrá incompatibilidad respecto a la persona que ejerce una actividad gubernamental, mientras se ejerza una función pública, no podrá tener relaciones negociables o contractuales con determinadas personas o con determinadas sociedades; es coexistente o concomitante con una función pública. Es entonces el tiempo lo que distingue la inhabilidad de la incompatibilidad.

Las inhabilidades no son solo las previstas en el artículo 8° de la Ley 80/93; sino que también tenemos las inhabilidades relativas que prevé el marco constitucional, particularmente en el artículo 127 en materia de Contratación.

Ya se verá en los efectos lo que genera la configuración de una transgresión tanto en el orden material como en el orden intencional a pesar de que la Corte Suprema de Justicia señalo que para que exista el delito de celebración indebida por la conducta dolosa, prevista en el artículo 144 del Código Penal al caer incurso en una inhabilidad o incompatibilidad estructura una de las tantas conductas de celebración de contrato indebido. La Corte ha dicho que no se acepta la tentativa de inhabilidad o de incompatibilidad; para que haya delito se necesita la calificación material, la transgresión real de que hubiese sido favorecido con la Licitación, a sabiendas de tener el proponente beneficiado parentesco con el representante legal o funcionario de la Administración pública.

Eventos: Que constituyen inhabilidad o incompatibilidad.

El primer evento, tiene que ver con los servidores públicos. Por el constituyente del 91, se despejo de una vez por todas las dudas por cuanto que allí señaló quienes son servidores públicos (lo son los trabajadores oficiales, los empleados públicos; miembros del Congreso, de las Corporaciones públicas, los concejales, los miembros de Juntas Directivas, los auxiliares de la justicia, etc.) hoy día están impedidos para celebrar contratos con el Estado, quienes independientemente de la vinculación que se tenga de manera directa o indirecta al Estado, en la realización de una función pública, (servidor público) podría encontrarse incurso en inhabilidades en el proceso de la formación del contrato.

En el *proceso de formación* del contrato podría verse varias inhabilidades así: En la propuesta. En el retiro de pliegos o términos de referencia: El Decreto Reglamentario 679/94, despejo dudas respecto de las propuestas, en el sentido que los integrantes una misma familia o dentro de los grados de consanguinidad y/o afinidad señalados en la ley y que tienen una misma línea profesional, sólo podrán retirar un solo pliego. Estableció el mismo Decreto 679 de 1994, que todas las instituciones públicas, deben tener un libro para el registro de venta de los pliegos para las propuestas o licitación en el que se indicará el nombre de quien lo compre, el día y la hora en que se produzca la venta. Deben tener también un libro para la entrega o recibo del pliego en el que se anota el recibo, con la indicación de anexos, la fecha y hora y con la firma de quien lo presenta. Sirven estos libros, para despejar cualquier duda respecto del parentesco que pudieran tener los proponentes con el funcionario o funcionarios o entre los mismos proponentes. El no registro por parte del funcionario, podría conllevar a la destitución del funcionario.

La destitución es una sanción gravísima, se convierte a partir de 1993, en causal de inhabilidad para contratar.

El segundo evento o tema interesante es el referido a *la caducidad*, que ha sufrido cambios notorios, empezando por su misma estructura. Es muy distinto la caducidad a la caducidad como formula sancionadora o institución de impedimento en materia de contratos. Anteriormente la caducidad se daba por varias causales, hoy solamente hay una causal *el incumplimiento* y no el incumplimiento parcial sino el incumplimiento total o que sea notoriamente grave que impida el normal desarrollo del contrato; que cause perjuicios al Estado. Este es el primer cambio que se hizo a la caducidad.

A quien se le ha declarado la caducidad de un contrato, queda con la inhabilidad, con el *impedimento automático*, con la *inhabilidad automática*, y no puede ocultar el impedimento asociándose con otras personas o compañías, porque surge de inmediato el impedimento automático o inhabilidad automática que le da cuando la sociedad recibe a una persona como socio que previamente ha sido sancionado con la declaración de caducidad; esta sociedad no podría contratar.

El tercer evento es el referido a la innovación de las inhabilidades e incompatibilidades. Tiene que ver con la cobertura de las inhabilidades a otros servidores públicos distintos al Representante Legal, que en el Decreto 222 de 1983 era el único a quien le cabía la

responsabilidad y el régimen de inhabilidad e incompatibilidad, hoy y con base en el ordinal 2º del artículo 8º de la ley 80/93, quedan cubiertos aquellas personas que contribuyen a la organización de una actividad gubernamental y contractual. Entran los Asesores; los Auditores, particularmente los Auditores Internos; los funcionarios de presupuesto; los funcionarios de las Oficinas de Planeación, los Asesores externos, que tienen todos como funcionarios del nivel directivo alguna ascendencia con el Representante legal de la entidad.

El cuarto evento, se refiere a otra de las innovaciones tiene que ver con la inhabilidad que tienen las personas que se abstengan de suscribir los contratos una vez favorecidas con la Licitación. Esta inhabilidad se estableció a partir de 1993, para aquella persona que saliendo favorecida con la Licitación y que tenga la obligación de suscribir un contrato, no lo suscriba. Tiene hoy día doble sanción, la económica y la jurídica; la económica porque le hacen efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta y la jurídica, lo inhabilita por cinco (5) años para contratar.

El quinto evento, se refiere a que también tienen inhabilidad y no pueden contratar los miembros de las Juntas Directivas de las entidades adscritas a la misma Entidad, Ministerio u organismo que los integra (Ej. Los directivos de las entidades de comunicación, Adpostal, Inravisión, Telecom, respecto del Ministerio de Comunicaciones, están inhabilitados).

Excepciones (artículo 10º Ley 80/93):

La primera excepción (referida a quienes integran sociedades abiertas) y que no se encuentra en el artículo 10 de la Ley 80/93 pero que se deduce de la interpretación de los artículos 8º y 9º, es la relacionada con las sociedades abiertas ® son aquellas que tienen más de 300 accionistas, sin ser ninguno titular del más del 30% de las acciones en circulación, el ejemplo son los clubes deportivos. No estarían estas personas cobijadas de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el artículo 8º de la Ley 80/93.

La segunda excepción se refiere a quienes contraten en cumplimiento de un deber legal. (el ejemplo es cuando: previsto en el Plan de Desarrollo una construcción que deba realizarse sobre un bien inmueble de un pariente (hermano etc.) del Representante Legal de la entidad ejecutora, el pariente y al funcionario no estarían incurso en inhabilidad o incompatibilidad, por vía de excepción.

La tercera excepción: Cuando se contrata para utilizar bienes o servicios de las entidades y que se ofrezcan al público en condiciones comunes. Ej., la suscripción de contratos para el suministro de los servicios públicos domiciliarios acueducto, energía, gas, teléfonos, etc.) en razón a que los servicios públicos son erga omnes (para todo el mundo), incluyendo a los funcionarios vinculados a cada una de dichas empresas.

La Cuarta excepción: De la doble funcionalidad (doble representación funcional), se refiere a los Representantes legales de las entidades sin ánimo de lucro, que a su vez son funcionarios o directivos o Representantes de una entidad Estatal, no estaría en inhabilidad o incompatibilidad para contratar.

La Quinta excepción: Esta excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar se refiere a la aplicación del artículo 60 de la Constitucional Nacional –*La privatización social de acciones*-

§C.N. "Art.60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La Ley reglamentará la materia."§ ◀◀

INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD SOBREVINIENTE (Art. 9º de la Ley 80/93)

Atendiendo lo dicho anteriormente si la tacha, restricción o impedimento *se da antes de la celebración del contrato, se llama inhabilidad*, es un hecho prohibitivo antecedente a la celebración del contrato; en el proceso de celebración del contrato. En tanto que si esa tacha, restricción o impedimento se refiere ya *en el proceso de ejecución del contrato*, lo que se ha generado es una *incompatibilidad*.

Cuando en el proceso de celebración, antes de definirse el contrato, aparece o llega a tenerse conocimiento del impedimento, por ejemplo cuando durante la etapa de la licitación, es nombrado en la entidad un pariente del proponente o concursante, se genera aquí *la inhabilidad sobreviniente* y, se soluciona esta inhabilidad sobreviniente, con el retiro del pliego, la renuncia a la participación en la propuesta.

Respecto de la *incompatibilidad sobreviniente*, (Cuando el contrato ya se firmó, se esta ejecutando) y nombran como funcionario de la Entidad a un pariente del Contratista, aparece entonces una incompatibilidad y se requiere parar, suspender inmediatamente el contrato, so pena de incurrir en delito si el Contratista lo sigue ejecutando. Se soluciona o subsana el problema con la Cesión del contrato a un tercero.

EFFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES:

El establecimiento de las inhabilidades e incompatibilidades están reservadas al Legislador; son de su reserva estricta. Por consiguiente *de orden público*.

Segunda característica de los efectos jurídicos derivados de las inhabilidades o incompatibilidades cuando aparecen en el proceso de celebración o ejecución del contrato, es que *son de aplicación inmediata*. Cuando se configura la inhabilidad o incompatibilidad, no le

queda otra alternativa a la autoridad que parar el contrato ordenar la terminación y proceder a su inmediata liquidación y, adjudicarlo a una tercera persona.

El tercer efecto de la inhabilidad y/o la incompatibilidad, genera la *nulidad absoluta del contrato* (es insaneable, es de fondo), conforme lo señala el artículo 44 de la Ley 80/93.

Otro efecto jurídico es que la inhabilidad o la incompatibilidad *no pueden ser motivo de interpretación analógica*, ni extensiva. Son de interpretación estricta, taxativa.

Otro efecto de la inhabilidad y/o la incompatibilidad, es que *puede generar delitos y responsabilidades* de orden económico, en distintos niveles (En las cláusulas generales del contrato, señala el Contratista bajo la gravedad del juramento, que no se halla incurso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la ley. Si después se descubre en pleno proceso de ejecución que si estaba inhabilitado, entonces no solo se genera la nulidad del contrato sino que además esta el contratista incurso en los delitos de falsedad y celebración indebida de contrato. Se le puede sancionar con multa de 50 a 200 Salarios mínimos legales mensuales).

CRITERIOS (PROCEDIMIENTOS O REGLAS) DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Existen Sistemas generales de selección y sistemas excepcionales de selección .

Los sistemas Generales de selección son:

- a. *La Licitación Pública*
- b. *El Concurso público.*

El Sistema excepcional de selección es el de la *adjudicación directa*.

Es sistema excepcional de selección o de escogencia, porque la ley señala los casos, los eventos, las circunstancias, las coyunturas por la cual se debe escoger al Contratista en forma directa.

Sistemas Generales de selección:

- a). ***La Licitación Pública:*** (Consultar Roberto Dromi)

Es una de las ritualidades o formalidades ad sustanciam actus, que permiten darle una característica específica al contrato estatal frente al contrato privado porque, en la contratación privada no existe la licitación, sin embargo, ha sido adoptada por empresas importantes como Bavaria, Icollantas, que hacen licitaciones copiándolas del sector público para darle oportunidades a otras personas de ser contratistas u oferentes de estas empresas.

La Licitación pública desde el punto de vista jurídico, es el procedimiento ad sustanciam actus, mediante el cual el Estado hace una invitación abierta a todas aquellas personas tanto

jurídicas como naturales para que hagan sus ofertas en torno a una determinada materia y, el Estado luego de hacer un estudio comparado escoge la propuesta mas favorable.

b). El Concurso:

Es la invitación abierta a todas aquellas personas naturales o jurídicas para que hagan propuestas referentes a estudios, a ideas, en donde no se valora la materia, sino los aportes intelectuales, creativos, que pudieran venir de una persona natural o de una persona jurídica representada por personas naturales debidamente calificadas. Hecho el estudio comparativo de todos estos estudios, el que se ajuste a la intención del Estado será el seleccionado.

Las diferencias entre Licitación y concurso, son de fondo y de forma:

CRITERIO GENERAL DE SELECCION	CONTENIDO	FORMA
LICITACION	Invitación abierta a todas aquellas personas tanto jurídicas como naturales para que hagan sus ofertas en torno a una determinada materia.	Formula la propuesta respondiendo los cuestionarios fijados en el Pliego de Condiciones y respaldándola con pruebas.
CONCURSO	Es la invitación abierta a todas aquellas personas naturales o jurídicas para que hagan propuestas referentes a estudios, a ideas, respecto de aportes intelectuales, creativos, (de contenido intelectual) {en el Dcto.222/83 se decía que era un Concurso de méritos”}	Formula la propuesta respondiendo los cuestionarios fijados en los términos de referencia.

CARACTERISTICAS DE LA LICITACION Y DEL CONCURSO

1. Son procedimientos reglados; todas las etapas son preestablecidas por el Legislador, la Administración no puede sustraerse a ninguna de ellas, su omisión generaría la nulidad del Contrato. convirtiéndolos así en los mejores elementos de control del proceso de contratación.
2. Tiene la característica virtual de la selección objetiva, evitando los favoritismos, las parcialidades, las apreciaciones subjetivas; debe hacerse abstracción a todo concepto personal. La mejor calificación se logra sumados los factores de ponderación (capital, mejor estructura de la empresa, la experiencia, los precios, el plazo, las garantías etc.).
3. Se logran por el sistema comparativo, los mejores precios reales evitándose o previniéndose así el fracaso del contrato, ya que hoy día los precios bajos no son garantía de efectividad, razón por lo que deben estar acordes con la ley de la oferta y la demanda. Si una propuesta se presenta con precios por debajo de los estimativos o parámetros señalados para cada caso, la oferta es rechazada y queda además vedado para la eventual contratación directa.
4. El procedimiento es público, quedando abierta la opción a todas las personas de participar o no.

PROCEDIMIENTO (ETAPAS) PARA LA LICITACION Y EL CONCURSO.

Tanto la Licitación como el Concurso son instrumentos de control para detectar las soluciones o las desviaciones del proceso. Los mismos participantes tienen la oportunidad de observar y verificar que el proceso de adjudicación cumpla con los procedimientos o etapas requeridos y de formular sus manifestaciones al respecto en las diferentes audiencias

Actualmente son tres etapas para la Licitación y el Concurso:

Primera Etapa: Exigencias previas.

Segunda Etapa: El desarrollo del proceso (que va desde la apertura hasta la evaluación de las ofertas.)

Tercera Etapa: La Definición y/o culminación del proceso.

Cuando hablamos de Licitación, estamos hablando del proceso de mayor cuantía.

La Licitación es un Acto Reglado.

<i>Primera Etapa: Exigencias previas</i>				
AUTORIZACION LEGAL	ESTUDIOS	PRESUPUESTO	PLIEGO	AVISOS
<p>Cuando se habla de autorización legal, se habla de autorización especial, que proviene de los entes corporativos: La Ley, La Ordenanza; el Acuerdo; la autorización de las Juntas directivas</p>	<p>El primer estudio es el Plan de Desarrollo (El plan de Inversiones). Allí se proyectan las Obras a ejecutar dentro de un Programa y se prevé su forma de adjudicación, su financiación. Cada obra debe tener sus estudios previos y específicos.</p>	<p>Se parte del Presupuesto Oficial de la Entidad que se requiere como exigencia previa para la Licitación; y luego el Presupuesto para la Licitación (Cálculo financiero en términos reales para la licitación), la financiación de la obra en particular.</p>	<p>Aspectos Generales del objeto de la Licitación. Los relacionados al Concursante. Los referentes al plazo, precio, forma de pago; y especificaciones del objeto. La reglas de evaluación y de los factores de calificación de las propuestas. Motivos declaración de desierta.</p>	<p>Invitación a la licitación. Hasta tres (3) avisos de convocatoria. Se precisa en el aviso: El objeto; el valor de los pliegos; las personas que pueden participar, etc.</p>

PRESUPUESTO: Tanto el Plan de Desarrollo como el Presupuesto, van concatenados.

Presupuesto Oficial de la Entidad (Ley 111 de 1996) que se requiere como exigencia previa para la Licitación. Este presupuesto es el que tienen las Instituciones (la Nación, el Departamento, el Municipio). Tiene dos grandes divisiones: El Presupuesto de Rentas y el Presupuesto de Gastos e Inversiones; en ellos deben estar previstos las financiaciones para las obras programadas en el Plan de Desarrollo.

La metodología aplicable al Presupuesto Oficial de la Entidad en materia de contratación, se hace a través de tres (3) etapas:

1. **La Disponibilidad presupuestal.**

Es la libertad de recursos para dedicarlos a un determinado compromiso. El Tesorero, debe certificar la existencia de disponibilidad de rubro presupuestal y presupuesto disponible, para la obra o inversión. Sin la existencia del certificado de disponibilidad presupuestal, no se podrá iniciar el proceso de la Licitación.

2. **La Reserva.**

Significa una afectación al Presupuesto de la Entidad, cuando se adjudica el contrato; lo que estaba disponible, quedo comprometido; quedo reservado y no se puede gastar sino con relación a ése contrato. La Reserva es una instancia ya de la adjudicación o de la aplicación.

3. **El Registro.**

Opera el Registro, cuando se efectúa el gasto, es la protocolización de la reserva en los libros de contabilidad. Para los gastos, las cuentas que genere el contrato parciales o definitivas, el ordenador, debe contar con el certificado de Reserva y Registro Presupuestal. El Registro es la última instancia o de la ejecución.

El Presupuesto Oficial de la Licitación (previsto en Decreto 287 de 1996).

El segundo Presupuesto que se requiere para el proceso de la Licitación es el Presupuesto Oficial de la Licitación. Es importante este presupuesto porque evita improvisaciones y así los concursantes o Licitantes tendrán su base o soporte para formular las ofertas. El Estado, hace el cálculo preliminar o aproximado de cuanto podría costar la realización de la obra. El precio que los oferentes propongan debe, según lo señala el Decreto 287/96, ser superior al oficial señalado por el Estado; nunca inferior, por cuanto que sería rechazado.

LOS PLIEGOS DE CONDICIONES Y LOS TERMINOS DE REFERENCIA:

Punto básico de la Licitación son los Pliegos de Condiciones y punto básico del Concurso son los términos de referencia.

El Pliego de Condiciones, es un cuestionario que tiene varios aspectos: Primero, lo relacionado con el objeto de la Licitación, los aspectos generales de la Licitación. Segundo aspecto, es el relacionado con el Concursante, las condiciones que se le exigen al futuro contratista (datos de experiencia, capacidad técnica, etc.). Tercer aspecto, es lo referente al plazo; el precio, forma de pago; y todo lo relacionado con las especificaciones del objeto, con la cláusula principal o central que es el objeto. Cuarto aspecto, relativo a las reglas de evaluación o calificación de las propuestas y de los factores que se tendrán en cuenta para la adjudicación. Y las causas para eventualmente, declarar desierta la licitación o el concurso.

AVISOS

Son el llamado a la licitación, Las entidades pueden publicar hasta tres (3) avisos de convocatoria .

En ellos se deben precisar: El objeto de la Licitación; quienes pueden participar, el valor de los pliegos; la visita al lugar de las obras. Para las licitaciones de carácter internacional debe hacerse tres (3) avisos.

Señala el Consejo de Estado que los avisos tienen el carácter de Actos Administrativos de trámite

Segunda etapa: ETAPA DEL DESARROLLO DEL PROCESO DE LICITACION

Todos estos son Actos Administrativos separables

1. RESOLUCION DE APERTURA

La iniciación de la etapa del desarrollo del proceso de Licitación se inicia con el Acto Administrativo Separable «Acto de Trámite» de “Resolución de Apertura”, que lo dicta el Representante Legal de la Entidad; Acto que precisa el término de iniciación y el de terminación de la Licitación; En la parte motiva o de las consideraciones, se indican las exigencias previas; de la autorización legal; de su inclusión en el Plan de Desarrollo; de las disponibilidades y apropiaciones presupuestales; etc.

2. ORDEN DE APERTURA

Se ordena por Acto Administrativo separado los términos o fechas de la etapa del desarrollo del proceso de la licitación; fechas que deben coincidir con la segunda audiencia o de cierre de la Licitación.

3. PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE.

Se debe surtir a más tardar a los tres (3) días siguientes de la Orden de Apertura. Tiene como propósito aclarar los pliegos cuando son confusos; Aclaraciones que hace el Representante Legal de la entidad. La Audiencia puede celebrarse oficiosamente o a solicitud del proponente, y hasta antes de la adjudicación de la Licitación o del Concurso. Las aclaraciones se hacen a través de ADENDO (Acto Administrativo de trámite según Sentencia del 26 de julio de 1996 del Consejo de Estado). Adendo que puede modificar o aclarar el pliego de Condiciones o los términos de referencia. Cada punto se aclara o modifica por ADENDO.

4. ENTREGA DE PLIEGOS (Propuestas).

Contestados por el proponente los cuestionarios, se deben entregar en sobre cerrado en la Secretaría de la Entidad adjuntando los anexos relacionados que le sirvieron de soporte para responder dichos cuestionarios.

5. AUDIENCIA DE CIERRE (Segunda audiencia de trámite <Art. 30 Ley 80/93>)

Entre la apertura (fecha desde cuando se pueden presentar propuestas) y el cierre está el término de la Licitación. A esta asisten todos los proponentes para enterarse de cuantas propuestas se presentaron. Se sacan de la urna y se verifican las propuestas en esta Audiencia de verificación probatoria de la cual se levanta una Acta que suscriben los proponentes y funcionarios asistentes.

6. ESTUDIOS y EVALUACIONES DE LAS PROPUESTAS.

La entidad, dentro de un plazo razonable, elabora los estudios técnicos, económicos y jurídicos efectuando la evaluación de las propuestas, a través de las respectivas comisiones de estudio (Jurídica, técnica y financiera)

ESTUDIO JURIDICO				
		AUTORIZACIÓ		INHABILIDADES E

	PROPONENTE	N LEGAL	CAPACIDAD	INCOMPATIBILIDADES	DOCUMENTOS	GARANTÍAS
	ABC					
	BCA					

El estudio jurídico de las propuestas, es una confrontación o verificación de los informes y anexos generales en que se soportan las propuestas; lo realiza una Comisión compuesta por Abogados, que generalmente son funcionarios de la misma entidad. Si el proponente dejó de presentar algún anexo, se permite que lo subsanen dentro de un término que no puede superar la fecha de adjudicación.

ESTUDIO TECNICO						
	PROPONENTE	EXPERIENCIA	NORMAS ICONTEC IPSO 2000	CALIDADES	CAPACIDAD TECNICA	DISPONIBILIDAD DE EQUIPO
	ABC					
	BCA					

Cada uno de los factores tiene una calificación

ESTUDIO FINANCIERO					
	PROPONENTE	CAPACIDAD FINANCIERA	PRECIO QUE OFRECE PARA LA LICITACION	CAPITAL RESIDUAL O REAL	RENDIMIENTOS OPERACIONALES
	ABC	(Balances)			
	BCA				

Cada uno de los factores tiene una calificación

La calificación técnica y la económica es la que arroje el resultado y los ganadores del Concurso o de la Licitación.

Una vez que las Comisiones rinden su informe, se entrega al Secretario General de la Entidad y se corre traslado de ellas durante cinco (5) días. Dentro de éste término se puede formular objeciones a las evaluaciones de las ofertas.

Tercera Etapa: La Definición y/o culminación del proceso.

Abierta la audiencia de objeciones u observaciones, se levanta un acta, que debe tener:

Orden del día. La Sustentación de cada una de las comisiones.

LA ADJUDICACION: Es el acto vinculante de la Institución. Es un Acto administrativo de carácter definitivo. Una vez ejecutoriado crea irreversibles e irrevocables derechos y obligaciones. Las Licitaciones y los Concursos, se adjudican en Audiencia Pública en donde las comisiones mencionan cada uno de los factores y la calificación que les dieron.

Para resolver las objeciones se hará en esta Audiencia y en la Resolución se referirá en forma sucinta a las solicitudes y objeciones y en la parte resolutive adjudicará y clasificara en los órdenes de prevalencia.

Contra esta Resolución no proceden recursos.

Dictado el Acto, es irreversible para las partes (a la entidad y al Adjudicatario). Los no favorecidos, podrán demandar dentro de los treinta (30) días de la ejecutoria del Acto en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para reclamar por los perjuicios por no haber sido favorecido con el proceso licitatorio; para pedir la indemnización porque no puede demandar que le adjudiquen el contrato, solo puede pedir la indemnización de perjuicios; lucro cesante, daño emergente. (Nulidad: 30 días para demandar actos anteriores al contrato).

Conforme al Decreto 287/96, si solo se presenta una oferta y cumple los requisitos, se adjudicara a ella.

Cuando el favorecido no suscribe el contrato dentro del término señalado o convenido, se le aplicará la doble sanción de hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta u oferta y queda inhabilitado para contratar con el Estado.

DECLARATORIA DE DESIERTA

La declaratoria de desierta es la descalificación del proceso de selección y se da por condiciones muy definidas (muy precisas) en el pliego de condiciones pues no bastará con decir que su declaratoria se producirá por violar el principio de transparencia.

Las causales de declaratoria de desierta deben ser muy concretas. Se aplica el principio de la reformatio in pejus. Se manifiesta a través de un acto administrativo motivado que admite recursos. Tiene efectos jurídicos concretos: 1).- No se puede abrir otra licitación sobre el mismo objeto. 2).- El acto administrativo que declara desierta la Licitación o el Concurso es susceptible de recursos. 3).- Puede volver a citarse a los que participaron (excepto a los que propusieron precios bajos) y para proceder a la adjudicación directa en seguimiento al principio de la economía.

Puede suceder que entre dos proponentes se presente empate, en este evento para determinar a cual se escoge, se analizará el Registro de proponentes y se verificará cual tiene mejor soporte técnico, cual mejor maquinaria. Cual estuvo multado por incumplimiento parcial etc. Podría en el caso de persistir el empate adjudicarse una parte de la obra o del contrato a cada uno de los proponentes.

LA ADJUDICACION DIRECTA (Sistema excepcional de selección de la *adjudicación directa*).

LA ADJUDICACION DIRECTA, es un procedimiento de selección excepcional, restrictivo; aplicable solo en los eventos precisos que señala la ley, ni por analogía ni por extensión. Tiene su marco en el artículo 24 numeral 1° de la Ley80/93. El Representante Legal de la entidad y/o los

ordenadores del gasto en materia de contratación, están en el deber de impedir por todos los medios legales que se paralice el contrato.

1. Se adjudicara directamente, mediante un procedimiento (Decreto 855 de 1994): siguiendo un orden preferente así:
 - 1.1- Aquellos contratos que se pueden hacer libremente, sin restricción de ninguna naturaleza.
 - 1.2- Con autorización legal expresa.
 - 1.3- Consultando precios del mercado y evaluaciones anteriormente hechas.
 - 1.4- Con solicitud de dos (2) o mas ofertas.
 - 1.5- Convocatoria pública mediante aviso en lugar visible de la institución por dos (2) días consecutivos.
 - 1.6- Convocatoria pública (invitación pública) mediante aviso en diario de amplia circulación.

1. CONTRATOS QUE SE PUEDEN HACER LIBREMENTE, SIN RESTRICCIÓN DE NINGUNA NATURALEZA

- 1.1. Los bienes de carácter reservado.
- 1.2. Los contratos Interadministrativos; Estatales o interinstitucionales. Hay libertad de negociación salvo 2 casos: Los Seguros y la Fiducia pública (porque hay varias entidades públicas prestadoras de estos servicios).
- 1.3. Los productos de origen y destinación agropecuaria. Se pueden adquirir libremente, siempre y cuando se adquieran en las bolsas, centros de acopio o abastos
- 1.4. Empresas Industriales y Comerciales del Estado y organismos descentralizados y las sociedades de economía mixta; las empresas prestadores de servicios públicos, pueden comprar libremente, siempre y cuando tengan relación unívoca con el objeto, con su actividad o razón social.
- 1.5. Los de operaciones de crédito público (empréstitos) (se regulan por el Decreto 2681 de 1996).

§LA URGENCIA MANIFIESTA: Es un estado de excepción en materia de contratos (se sale de los parámetros de la Ley80/93) Debe ser previamente declarada por la autoridad correspondiente, con la manifestación de cual fue la razón para dicha declaratoria (siempre será por caso fortuito o por fuerza mayor); declarada, podrá hacerse traslados presupuestales; contracréditos. Créditos suplementales y extraordinarios; contrataciones directas. §

2. CON AUTORIZACIÓN LEGAL EXPRESA.

- 2.1 Toda compra de bienes inmuebles.(Decreto 855 de 1994 artículos 15 y 17 – no estableció excepciones.) Requiere autorización del organismo corporativo, (Concejo Municipal; Asamblea Departamental; Junta Directiva. Congreso.) sin importar la cuantía.
- 2.2 La compra de naves y aeronaves.
- 2.3 La constitución de servidumbres.

- 2.4 La constitución de Asociaciones, áreas metropolitanas. (Ley 136 de 1994) (Asociación de municipios requiere autorización del Concejo municipal).
- 2.5 La constitución de sociedades de economía mixta.
- 2.6 Cuando se comprometen Vigencias futuras (en el caso de contratos que se pactan con vigencias de más de dos años).

3. CONSULTANDO PRECIOS DEL MERCADO Y EVALUACIONES ANTERIORMENTE HECHAS.

Las consultas se hacen a las agremiaciones asesoras del gobierno que fijan los precios (Lonjas de propiedad raíz; Fenalco en textiles, zapatos, etc.; Camacol en construcciones; ANDI en maquinaria pesada. ACOPI en maquinaria liviana; FEDEMÉTAL, etc.

Se aplican por este procedimiento además de los contratos que no se pudieron adjudicar por declararse desierta la licitación los siguientes casos:

- 3.1 Los de menores cuantías (solamente hay dos cuantías la menor y la mayor cuantía, cuando no superen el 10% de la menor cuantía que corresponda a la Entidad.)
- 3.2 Cuando se hayan solicitado ofertas y solamente se recibió una.
- 3.3 Cuando se trata de contratos In tuite personæ.
- 3.4 Por necesidad eminente del servicio. (diferente de la Urgencia manifiesta) Es una situación de crisis coyuntural. No requiere de Acto administrativo pero, requiere que exista rubro presupuestal y disponibilidad para un gasto de necesidad eminente del servicio que, aunque no es usual tal necesidad, si es previsible que ocurra, como por ejemplo por un paro de transportes.
- 3.5 Cuando se declara desierta la Licitación. Se puede llamar a los proponentes, excepto a los que propusieron precios bajos.
- 3.6 En los casos no contemplados en el Estatuto, consultando siempre los precios del mercado.

4. CON SOLICITUD DE DOS (2) O MAS OFERTAS.

Este procedimiento se agota cumpliendo dos (2) etapas:

- La solicitud de ofertas que hace el Estado. Es un requerimiento que hace la entidad, de acuerdo con la finalidad o el interés de dicha entidad. La solicitud se hace por escrito con una descripción más o menos detallada del objeto de lo que la entidad requiere con las especificaciones de calidad, cualidad; plazos, condiciones de pago.
- La Oferta la formula el particular interesado teniendo en cuenta lo solicitado por la entidad.
- Se adjudican por este procedimiento:
 - 4.1. Todo lo que corresponde a menor cuantía de la entidad.
 - 4.2. Los contratos de prestación de servicios de profesiones liberales cualquiera que sea su cuantía. Los de investigaciones tecnológicas.
 - 4.3. Los in tuite personæ.

5. CONVOCATORIA PÚBLICA MEDIANTE AVISO EN LUGAR VISIBLE DE LA INSTITUCIÓN POR DOS (2) DÍAS CONSECUTIVOS.

- 5.1. Los contratos de menor cuantía, cuyo valor sea igual o superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales y al mismo tiempo supere el 50% de lo que es menor cuantía de la respectiva entidad.
 - 5.2. Para la venta de bienes muebles del Estado, cuando ese valor no supera los 250 salarios mínimos legales mensuales. Es diferente al de venta en subasta pública ya que esta se hace como consecuencia de la extinción de dominio.
6. **CONVOCATORIA PÚBLICA (INVITACIÓN PÚBLICA) MEDIANTE AVISO EN DIARIO DE AMPLIA CIRCULACIÓN.**

Es esta una pequeña licitación. Se diligencias unos términos de referencia y se produce generalmente cuando el Estado quiere efectuar la venta de algunos bienes y servicios.

- 6.1 Todo lo que se relaciona con comunicación y Administración postal. (Servientrega; corra, deprisa etc.)
- 6.2 Los seguros cuando no pasen de 250 salarios mínimos legales mensuales. De lo contrario (cuando supere este valor) deben adjudicarse por Licitación.
- 6.3 La venta de bienes muebles cuando superan los 250 salarios mínimos legales mensuales.

EL REGISTRO DE PROPONENTES

1. NATURALEZA.

El Registro de proponentes es público, es una de las formalidades esenciales de contratación, es un requisito de validez porque si se llegase a adjudicar un contrato a alguien que no esta inscrito en el Registro de Proponentes y si se investiga ése contrato, se anulará porque esta violando las normas de contratación pudiendo las partes encontrarse incurso en la figura penal de “Celebración indebida de Contratos”.

El Registro de Proponentes, se orienta para lograr una mejor calidad , es un control de calidad hacia los futuros contratistas.

Es una de las formalidades ad sustanciam Actus. Se aplica únicamente para mayor cuantía.

2. MARCO JURIDICO.

La norma básica es el artículo 22 de la Ley 80/93. El Decreto Reglamentario 855/94 y el Decreto 92 de 1998.

3. COMPONENTES o CLASIFICACION

El Registro tiene tres (3) componentes:

- a) El de Constructores. (Contratos de Obras públicas)
- b) El de Consultores. (Arquitectos, Interventores, gerencia de obra; Estudios de obras públicas (factibilidad, prefactibilidad; suelos, asesoría, etc.)
- c) El de proveedores. (Para contratos de suministros y compra de bienes muebles)

§No se aplica el Registro de Proponentes para los contratos de menor cuantía; para los de bienes cuyo precio esta intervenido por el gobierno nacional (leche, gasolina y artículos de primera necesidad).§

4. **PROCEDIMIENTO.**

Tiene dos (2) fases: La Fase de las ETAPAS DEL REGISTRO y la fase de las NOVEDADES.

FASE REGISTRO	ETAPAS (Decreto 855 de 1994 y Decreto 92 de 1998)	DEL	FASE DE LAS NOVEDADES DEL REGISTRO.
	1. La inscripción.		4. Modificación y/o Actualización.
	2. La Calificación.		5. Certificación
	3. La Clasificación.		6. Renovación.
			7. Información (boletines).
			8. Publicación.
			9. Impugnación.
			10. Cancelación (extinción del registro).

Las **etapas del registro**, tiene una connotación en cuanto a Registro, es la estructura del Registro. Cuando se inscribe, se autocalifica y desde ese momento se clasifica y puede participar en el proceso. Con el desarrollo de estas tres etapas queda (con la inscripción), queda Calificado y Clasificado y puede participar en el proceso de la Licitación; mientras no se agoten estas tres etapas no podrá participar en los procesos licitatorios

1. **LA INSCRIPCIÓN.**

El artículo 5° del Decreto 92 de 1998, señala los requisitos de cualquier persona que potencialmente aspire a contratar en los tres componentes con el Estado (Constructores. «Contratos de Obras públicas»; Consultores y/o Proveedores).

Se diligenciará el “Formato Unico” del Registro de Proponentes, relacionando los datos generales y de identificación personal y empresarial; capital; Rendimientos operacionales, si ha sido o no multado y/o sancionado; Experiencia, relacionando lo 10 mejores contratos; el equipo disponible etc.

2. **LA CALIFICACION.**

En el formulario Unico, están las pautas o factores de calificación, dependiendo de los componentes de que se trate el interés del inscrito.

Los factores de calificación varían en cada uno de los tres (3) componentes de que se trate la inscripción así:

- a) El de Constructores: 1.500 puntos.
- b) El de Consultores: 1.500 puntos.
- c) El de proveedores. 300 puntos

GLOSARIO TECNICO	
K	CAPACIDAD DE CONTRATACION
KR	CAPACIDAD REAL DE CONTRATACION
F.P.I.	FACTOR DE PARIEDAD INTERNACIONAL
A.A. de C.	ARANCEL ARMONIZADO DE COLOMBIA
CF	CAPACIDAD FINANCIERA (ARQUITECTOS)
E	EXPERIENCIA (FIRMAS NUEVAS)
CT	CAPACIDAD TECNICA
CF	CAPACIDAD FINANCIERA
CO	Capacidad Organizacional

COMPONENTES	PUNTAJE MAXIMO DE FACTORES
CONSTRUCTOR	1.500
CONSULTORES	1.500
PROVEEDORES	300

Atendiendo estos topes de puntaje, se tendrán en cuenta los porcentajes para cada uno de los factores de ponderación, los cuales varían en cada uno de los componentes, pues será por ejemplo, más importante el factor de Experiencia para los consultores, en tanto que es más importante el factor de capacidad financiera para el Constructor. En el caso de los proveedores, se excluye por obvias razones la capacidad técnica, teniendo

3. LA CLASIFICACIÓN.

Se tiene en cuenta el factor **especialidad** y el factor **grupo**.

La especialidad es la parte genérica de la profesión o actividad.

El Grupo, son las diversas manifestaciones de esa especialidad , en las distintas áreas., materias:

más preponderancia la capacidad financiera que la experiencia.

DISTRIBUCION DE LOS PUNTAJES MAXIMOS PARA CADA UNO DE LOS COMPONENTES

ACTOR	CONSTRUCTOR	CONSULTOR	PROVEEDOR
I	350	750	100
T	350	450	-
F	800	300	200
I	1.500	1.500	300

§**Factor de Pariedad Internacional** (F.P.I.) es una homologación del Registro extranjero.

§**Arancel Armonizado de Colombia:** (A.A.de C.) es el grupo para ubicar a las personas que no encuentran espacio en el Registro, Ej.: Ingeniero Mecatrónico.

§Las informaciones que se consignan en el Formulario Unico de Registro de Proponentes, deberán estar plenamente respaldadas o probadas.

PROPONENTES CONSTRUCTORES			
ESPECIALIDAD		GRUPO	
	OBRAS CIVILES HIDRAULICAS		DRAGADOS Y CANALES
1		4	

El proponente se autoclifica, y tiene la gran ventaja que hay una diversificación en las especialidades acabando con el monopolio de la única o sola inscripción; a tal grado que si no encuentra espacio se clasifica dentro del **Arancel Armonizado de Colombia**.

FASE DE LAS NOVEDADES DEL REGISTRO.

4. MODIFICACION Y/O ACTUALIZACIÓN.

El Registro tiene vigencia de un (1) año, contado a partir de la fecha de la inscripción. La primera novedad es la de modificación y/o actualización (modificaciones por incrementos de capital, adición de especialidades, etc.).

5. CERTIFICACIÓN.

Las expide la Cámara de Comercio y se debe obtener cada vez que se requiera participar en Licitación o Concurso Público.

6. RENOVACIÓN.

Es la manifestación que se hace con la presentación del formulario, marcando la casilla correspondiente. Se debe renovar la inscripción un (1) mes antes del vencimiento. Si no lo hace así, desaparece del registro. Quienes están inscritos en la Cámara de Comercio como comerciantes, tienen la ventaja de que la información ya suministrada se incorpora al Registro de Proponentes.

7. INFORMACIÓN (BOLETINES).

Le corresponde al Estado, a las instituciones públicas y se efectúa a través de boletines hay dos tipos de información, mensual y semestral.

- Treinta (30) días antes de la Licitación la Entidad informará a la Cámara de Comercio sobre la realización de la Licitación. El hecho de no suministrar la información a la Cámara de Comercio, le genera mala conducta al funcionario de la entidad que omite dicha información, conduciendo inclusive a la destitución.
- La información semestral, es la que debe suministrar la Entidad sobre los contratos de mayor cuantía que se suscribieron durante el semestre y la lista de los Contratistas sancionados con multa y/o con caducidad del contrato.

8. PUBLICACIÓN.

Toda la información recibida por la Cámara de Comercio, luego de procesada la publica en boletines mensuales.

9. IMPUGNACIÓN.

La impugnación es pública. Tienen autoridad, la obligación para impugnar: los organismos de control: la Procuraduría; la Contraloría, la Personería. La Cámara de Comercio de oficio puede impugnar el Registro.

Para la impugnación se procede mediante memorial como si se tratara de una demanda; debe prestarse caución (hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales) Si la impugnación se hace por las Entidades de Control (funcionarios públicos) no prestarán caución. La Impugnación puede ser por falsedad; violación de la ley (desconocimiento de los procedimientos) o por cualquier otro asunto que se llegare a cuestionar sobre el diligenciamiento de la inscripción o Registro de Proponentes. Se impugna ante el Director de la Cámara de Comercio. Le corren traslado de la demanda al inscrito por el término de diez (10) días. Contestada, la Cámara tiene veinte (20) días hábiles para la practica de pruebas, término que podrá ser ampliado. Para expedir el Acto Administrativo (en desarrollo de la descentralización por colaboración) la Cámara de Comercio, tiene diez (10) días – para expedir la decisión pertinente- Decisión contra la cual proceden los recursos de ley «Reposición». (Por error se dispuso que procedía el recurso de Apelación ante la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando esta entidad no es superior de las Cámaras de Comercio).

10. CANCELACIÓN (EXTINCIÓN DEL REGISTRO).

Procede como consecuencia de la sanción, cuando se probó que el inscrito había aportado un informe falso, es decir cuando prosperó la impugnación. Se cancela el Registro, cuando prospera la impugnación. Se ordenara la anulación de los contratos, como consecuencia de dicha cancelación. Le queda al inscrito, una inhabilidad hasta por diez (10) años para celebrar contratos con el Estado. Se denomina cancelación cuando es el resultado de un proceso de esta naturaleza, como sanción. También voluntariamente se puede pedir que sea cancelada la inscripción, aquí no se tendrá como una sanción.

REQUISITOS CONSTITUTIVOS (ESTRUCTURALES) DEL CONTRATO

TITULO DEL CONTRATO	Número del Contrato Clase o nombre del Contrato Valor Nombre del Contratista Documento Identificación.
CUERPO O PREAMBULO	Autorización Legal Capacidad Jurídica de las partes

CLAUSULAS	Las comunes Cláusulas excepcionales
------------------	---------------------------------------

El Título del Contrato: Es el encabezado del contrato mismo; se citan además las partes que intervienen; el número, clase y precio o valor del Contrato; el nombre del Contratista y el número del documento de identificación.

El Cuerpo del Contrato: Cuando se relacionan las partes del contrato, (el nombre del Representante legal, con la clase y número de acto Administrativo que lo vinculó a la entidad), la autorización legal, para celebrar el contrato, se esta refiriendo ya a dos aspectos: La autorización legal para celebrar el contrato y la capacidad (cuando se habla de que esta el Representante legal debidamente elegido). En cuanto al particular (El Contratista), también se indicará la autorización legal para contratar y la capacidad jurídica de la entidad particular para suscribir el contrato. Lo más importante aquí es que quede definido la norma que lo adjudicó y porqué se actúa a nombre de esa institución.

Cláusulas: La fuente de las obligaciones esta en las cláusulas; la razón de ser del contrato está en las cláusulas y estas son:

- **Las Comunes**, que son las propias de cualquier contrato:
 - El Objeto.
 - El precio.
 - La forma de pago.
 - El plazo y Vigencia.
 - Los deberes y derechos.

Dentro de las comunes, la cláusula más importante es la del **Objeto**: Que es la base de la negociación. Un contrato sin objeto, no sería contrato. Del objeto dependerá el precio, el plazo; dependerán las cláusulas excepcionales o exorbitantes; es la cláusula principal razón por la que se exige que el objeto sea claro. El objeto debe contener o relacionar una actividad a realizar, a ejecutar en los diferentes ítems, con sus unidades de medida, precios, especificaciones. Mientras más preciso sea el objeto, más claro será el contrato.

El Precio, es la base económica del contrato o negocio jurídico, es una de las cláusulas principales del contrato. Puede tener el precio diversas modalidades (precio global; precio unitario, etc.)

Forma de pago. La ley da pautas de referencia para la forma de pago. La ley habla de anticipo, de valor anticipado; de cuota inicial, de pagos parciales y de pagos finales pero, el anticipo no es forma de pago según lo señala la Ley 80/93; es, un crédito o estímulo que la entidad le da al Contratista para hacer inversiones previas (¿se reembolsan los anticipos?) y para su ejecución se requiere el otorgamiento de garantía que asegure el correcto manejo de este concepto. **Valor anticipado:** La ley 80/93 habla de valor anticipado, como una especie de cuota inicial, es el primer contado del precio del contrato y según la ley, no debe tener soporte o garantía para

efecto de su ejecución, sino que es simplemente deducible del valor global negociado en el contrato. El concepto de anticipo y valor anticipado, crea confusión porque se cree que es la misma figura.

Plazo y Vigencia: La ley estableció la diferencia entre plazo y vigencia. **Plazo** es el término referido a los aspectos materiales contenidos en el objeto del contrato; pero, que el contrato no se finiquita sino hasta que se liquide, dándose así como definición de plazo al ciclo material definido en el contrato. En cambio la **vigencia**, por sentencia del Consejo de Estado se prorroga más allá del plazo. Esta vigencia puede ser convenida o puede ser sobre entendida (tácita) (Si no se conviene, se sobre entiende que la vigencia será de cuatro (4) meses. La Vigencia es el ciclo jurídico del contrato. Hay dos (2) tipos *de plazo: de ejecución instantánea*, que son los que se pactan y se ejecutan en el acto, por ejemplo los de compra de bienes muebles; como efectos jurídicos se tiene que no requieren por consiguiente de las cláusulas exorbitantes (caducidad, garantías). En cambio el contrato de *tracto sucesivo*, quedando dentro del área del cumplimiento se exige que se incluyan las cláusulas exorbitantes.

Hay contratos de ejecución instantánea que imponen excepcionalmente liquidación, un acta de liquidación. La liquidación es un tema muy importante en el proceso de la contratación, el no efectuar la liquidación, genera responsabilidades, razón por la que si la liquidación no es convenida, la hará unilateralmente el Estado, la entidad contratante. Existe la liquidación supletoria que es judicial, cuando el Estado no utilizando la potestad excepcional de liquidar unilateralmente el contrato, se recurre ante la jurisdicción contenciosa para demanda la liquidación. Se requiere de la liquidación para establecer los derechos y las obligaciones que correspondan a las partes del contrato.

Se pueden hacer modificaciones al contrato, hasta la liquidación; aprovechándose esta última coyuntura de la liquidación, para el pago de intereses (el hecho de que en el contrato no se hayan pactado intereses, no se exime de su pago; es una cláusula presunta del contrato, por la que al no estipularse expresamente se pagarán al doble del interés civil sobre el IPC), multas, etc., cuando hay obras incompletas se pueden hacer contratos adicionales y, aún dentro de esta etapa (en el mismo proceso de liquidación) se puede decretar la caducidad de un contrato. La liquidación determina el vencimiento jurídico del contrato. Aquí en el proceso liquidatorio, el contratista como el contratante, deben presentar una relación de activos y pasivos relacionados con los compromisos adquiridos desde el comienzo de la relación contractual. La parte culminante de la liquidación tiene que ver con la manifestación que hacen tanto contratista como contratante de quedar a Paz y Salvo por todo concepto.

Los deberes y derechos del Contrato. Dentro del marco jurídico del contrato surgen derechos y deberes que generan condiciones recíprocas (obligaciones correlativas). El artículo 4° de la Ley 80/93, trae un marco de deberes y derechos del contratante público y el artículo 5°, señala cuales son los deberes del contratista. Es un deber del Estado exigirle al contratista el cumplimiento del objeto del contrato en las

condiciones pactadas (Es un derecho del estado exigirle al contratista que cumpla de acuerdo con las estipulaciones convenidas); y, es un deber del contratista cumplir puntualmente dentro del cronograma pactado el objeto del contrato. Es un deber del Estado pagar oportunamente al contratista de acuerdo a los ciclos definidos de pago y es un derecho del contratista exigirle al Estado el pago oportuno del precio. Es un deber para el Estado, mantener las condiciones técnicas y económicas del contrato (donde estas se alteren, tiene que restablecerlas).

- **Las Cláusulas excepcionales (o exorbitantes)**, Hoy en día, la regla general es que los contratos llevan cláusulas comunes. En un 80%; prima un principio civilista. Son las partes las que disponen de la estructura del contrato, excepcionalmente se plantean cláusulas excepcionales. La estipulación de las cláusulas excepcionales, obedece hoy día, ya no a la tesis enumerativa que traía el Decreto 222/83 sino a la tesis del contenido, de la naturaleza, del objeto, de la actividad del contrato. Así, hay tres tipos de actividades que exigen la forzosa estipulación de cláusulas excepcionales:

- 1) La Actividad monopolística (el monopolio o de explotación exclusiva). Se deben estipular las cláusulas excepcionales, no obstante que van inmersas en el contrato y el hecho de no estipularlas expresamente, no exime de su imposición, porque en esta caso serán cláusulas fictas o presuntas. Están dentro de este marco, la explotación de los Transportes; la explotación de los licores; de los juegos de azar; del espacio aéreo; la de espectro electromagnético; minas, etc.
- 2) La explotación de bienes Estatales.
- 3) La explotación de Servicios Públicos.

En todos los casos anteriores las cláusulas excepcionales su **estipulación es forzosa u obligatoria**.

La **estipulación opcional** de cláusulas e excepcionales, solo puede darse en los contratos de suministros y en el de prestación de servicios .

La estipulación de cláusulas excepcionales **es prohibida** en los casos de los contratos de Arrendamiento; donación; de seguros con entidades estatales; los de crédito público, la compra de bienes inmuebles; los de fiducia, los contratos interadministrativos, (parágrafo del artículo 14 de la ley 80/93 relación taxativa); si se llega a estipular, genera una nulidad absoluta.

CLAUSULA DE CADUCIDAD:

Se estableció en el Derecho colombiano, en virtud de la Ley 53 de 1909, en el contrato de Obras, luego se hizo extensiva a otros contratos.

“Es una facultad o privilegio exorbitante que tiene el Estado para declarar la terminación del contrato antes de su vencimiento en forma unilateral cuando se da una **causal determinante** del incumplimiento”. Con una característica que ése incumplimiento no es cualquier tipo de incumplimiento porque, cuando el incumplimiento es parcial, cuando no causa trastorno al objeto del contrato, no se aplica la caducidad sino la multa y como medio de reconvención al contratista para que cumpla. Si ese incumplimiento genera un perjuicio notoriamente grave para el Estado, que conlleve a la paralización de un servicio público, al trastorno de la negociación se aplicará la caducidad.

La Caducidad tiene gran connotación. Es la sanción teórico jurídica que se materializa con la aplicación de la cláusula penal pecuniaria.

El acto administrativo que declara la caducidad, admite recursos (de reposición).

EFFECTOS DE LA CADUCIDAD

El Estado **interviene** el Contrato, tomando tres (3) alternativas:

1. *Entregar a los garantes la culminación del contrato.*

Es una adjudicación directa, cuando la Compañía de Seguros asume la obra.

2. *Adjudicar la obra hasta su terminación*

3. *Terminar la obra directamente el Estado, (si cuenta con la estructura necesaria).*

Efectos Jurídicos de la declaratoria de Caducidad:

1. Inhabilita al Contratista por el término de cinco (5) años.
2. La Declaratoria de Caducidad, una vez ejecutoriada, se convierte en título ejecutivo para el Estado.
3. Hace efectiva la sanción económica de la Cláusula Penal Pecuniaria.
4. Se ordena la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre, para efecto de determinar las obligaciones.
5. El carácter informativo que tiene que tener la sanción. Una vez se decrete la Caducidad, el Estado debe informarle a la Cámara de Comercio y a los organismos de control (Procuraduría y Contraloría).
6. La implicación de carácter penal por el deliberado incumplimiento del contrato.

CLAUSULA DE TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO:

Es una cláusula nueva dentro de la exorbitancia negocial. El Decreto 222/83. La consideraba como un principio rector que podía ser aplicada por el Contratante o por el Contratista. Hoy día es una cláusula excepcional, no un principio; Solo puede ser aplicada por el estado y solo a él (al Estado) le favorece.

Solamente se puede aplicar en los casos extremos y por las causales definidas por el legislador. Se debe concertar la terminación del contrato por mutuo acuerdo, pero si no se logra, entonces debe el Estado proceder unilateralmente, es esta la (la exorbitancia) la prerrogativa del privilegio que tiene el Estado.

La terminación unilateral a diferencia de la caducidad, se da por causas ajenas involuntarias como:

- Problemas de Interés público.
- Problemas de orden público.
- La muerte.
- Por los fenómenos económicos ajenos a la voluntad del contratista, por Ej.: Concurso de Acreedores, cesación de pagos embargos judiciales, quiebra, etc..
- Por la desaparición forzosa.

En todos los casos anteriores se puede terminar el contrato por mutuo acuerdo (excepto el de muerte) pero, en los casos extremos se terminará de forma unilateral por el Estado.

Efectos Jurídicos de la terminación unilateral del Contrato:

Al igual que la Caducidad, hay que materializar la terminación unilateral del contrato, cuando no se termina por mutuo acuerdo, mediante un acto administrativo que así lo declarará y como artículo segundo el reconocimiento de lo realizado; tercero la liquidación para determinar los pasivos y activos y las obligaciones y derechos a cargo de las partes.

1. Declara la terminación unilateral del contrato..
2. Ordena las compensaciones a que hubiere lugar.
3. Ordena la Liquidación del contrato en el estado en que se encuentre, para efecto de determinar las obligaciones.
4. Ordenar las medidas necesarias para evitar la paralización de las obras o servicios.

CLAUSULA DE MODIFICACION UNILATERAL DEL CONTRATO:

Es una prerrogativa que tiene el Estado. El inciso 1º del artículo 14 de la Ley 80/93.

Cuando el contrato es de tracto sucesivo, sufre alteraciones por fenómenos externos como la lluvia; fenómenos telúricos como los terremotos. Por fenómenos económicos que alteran el normal desarrollo del contrato, entonces el Representante Legal, estando en el deber legal de hacer lo posible para que el contrato no se paralice utilizando los mecanismos conducentes y necesarios como son los de modificación del contrato, que debe gestionarse primeramente por el mutuo acuerdo.

La ley 80/93, no establece cuales mecanismos podría utilizar el Estado para evitar la paralización del Contrato. Por vía doctrinaria podrían ser:

- 1) El Otro sí.
- 2) Contratos Adicionales.
- 3) Actas modificatorias.
- 4) Reajuste o revisión de precios
- 5) La renegociación. (Hars´ship)

EL OTRO SI: Mecanismo que se suele utilizar por la doctrina para efecto de corregir fallas o errores de carácter formal (no esencial). Subsana las nulidades relativas.

CONTRATOS ADICIONALES: Esta figura, corresponde a lo que se llama los “contratos accesorios”. El contrato adicional depende de otro, que es el principal y que en materia de contratación estatal se proyecta sobre tres puntos:

1. Respecto al **objeto**, para a efectos complementarios (En materia de contratos, se puede modificar todo, menos la naturaleza del contrato.) sin modificar el contrato en más del cincuenta por ciento (50%) del objeto inicial.
2. Sobre el **precio**, en razón de que por ejemplo se hayan efectuado cálculos equivocados, que requieran un reajuste. Las modificaciones en el precio no puede pasar del cincuenta por ciento (50%).
3. Por el **plazo**, para prorrogarlo cuando por ejemplo por causas externas se hace imposible su ejecución dentro de los términos señalados inicialmente.

ACTAS MODIFICATORIAS: Esta forma de modificación de los contratos, se da por causa de fuerza mayor pero, que *tiene relación con el objeto* del contrato (obras imprevistas). Estas si pueden pasar a más del cincuenta por ciento (50%). Requiere la decisión del interventor de la obra.

LA CLAUSULA DE REAJUSTE: Esta Cláusula de modificación del contrato está pactada. El reajuste o revisión de precios, se pacta previamente en el contrato. Para desarrollar un fenómeno económico que se llama la *indexación* que es la actualización de los precios. En los contratos de tracto sucesivo, como la consultoría, de obra de suministros, no pacta precios fijos porque se quiebra y la única manera para mantener las condiciones económicas del contrato que no vaya al punto de pérdida, es estableciendo esta cláusula de reajuste o revisión de precios, que consiste en una formula matemática negociada como la del A.I.U que se utiliza en los contratos para mantener las condiciones económicas del contrato.

LA CLAUSULA DE RENEGOCIACION (Hars'hip): Esta Cláusula de modificación, se da cuando el contrato tiene sobresaltos en la cláusula económica o del precio, especialmente cuando se pacta en dólares, y genera inestabilidad en los contratos internacionales y consiste prácticamente en hacer un nuevo contrato para renegociar el precio y la forma de pago y justamente en desarrollo del equilibrio financiero del contrato.

Cuando no se logra las modificaciones por mutuo acuerdo, es cuando procede la unilateralidad.

A parte de la figura de los mecanismos citados antes existe para el Contratista, la figura del **DESISTIMIENTO** como mecanismo de defensa. Puede desistir del contrato cuando se viere afectado en más de un veinte por ciento (20%) con relación al contrato original.

CLAUSULA DE LA INTERPRETACION UNILATERAL DEL CONTRATO:

La interpretación unilateral es un tema que tiene muy poca acogida en materia práctica de la contratación estatal, en atención a que se esta imponiendo el concepto de la autonomía de la voluntad de las partes, dándose mucha flexibilidad en la participación en la redacción del texto contractual. Cada vez que se redacte un contrato, al contratista le están dando con anticipación un borrador de la minuta; entonces en coordinación con las oficinas jurídicas acuerdan el texto definitivo del contrato. Entonces, la interpretación unilateral como prerrogativa del Estado, solo se daría en casos extremos y cuando hubiere fracasado el dialogo para convenir el sentido o alcance en la redacción del texto del contrato. (En caso de convenir o ponerse de acuerdo las partes se anotará así en un acta aclaratoria). Si no se logra un entendimiento en cuanto a la redacción del texto, es cuando el Estado utiliza la interpretación unilateral a través de resoluciones, empleando la potestad excepcional. La cláusula de interpretación unilateral, tiende a desaparecer porque como se repite las partes tienen un tiempo mas que suficiente para corregir el borrador del contrato, antes de las firmas.

CLAUSULA DE LA REVERSION DEL CONTRATO:

Cláusula que se considera no debía de tener la naturaleza de exorbitante. Esta cláusula se estipula específicamente en el contrato de Concesión, hace parte del reglamento del contrato de Concesión y consiste en que al finalizar el contrato (a los 20, 30 años), el concesionario debe entregarle al concedente los elementos que hacen parte de la estructura de la actividad contractual (por inventario al Estado); quiere decir que, una vez finalizado el contrato se entrega aquellos elementos que son necesarios para la prestación del servicio ya no por el Concesionario sino directamente por el Estado. El Concesionario le revierte o regresa al Estado todos los bienes necesarios para la futura prestación del servicio.

CLAUSULA DE RECIPROCIDAD:

Esta cláusula obedece al cumplimiento de los tratados internacionales. Si se firmo un tratado internacional, el Estado tiene el deber de dar un trato de igualdad a los contratistas extranjeros que suscribieron el tratado. El artículo 44 numeral último de la Ley 80/93, señala que si no se da cumplimiento a los tratados de reciprocidad el contrato tendrá una nulidad absoluta. (El cumplimiento de una norma (de la Ley), no tiene nada de exorbitante, razón por la cual esta cláusula debería de desaparecer).

CLAUSULA DE SUJECIÓN A LA LEY COLOMBIANA:

Cuando se habla de sujeción a la ley colombiana, es muy específica cuando se trata de contratistas extranjeros, para recordar que como el contrato se ejecuta en el país, debe tener en cuenta las normas fundamentales, no solamente en la parte sustancial sino en la parte procedimental, en la parte relativa a la controversia del contrato. Que el contrato en su ejecución y terminación debe sujetarse a la Ley 80/93 y a sus normas reglamentarias; que cualquier cuestionamiento que se haga en torno al contrato también tendrán sometimiento a los jueces y Tribunales colombianos.

LAS MULTAS Y LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA.

Las Multas: La Ley 80/93, en ningún artículo se refiere a las multas. Queda a merced de las partes estipularlas o no. Tienen las multas carácter concordatario; si no se estipulan, no se pueden aplicar. No se pueden sobre entender como pactadas. La multa es una pena pecuniaria consistente en la posibilidad que tiene el contratista de acuerdo a las coyunturas, de pagarle al Tesoro público una suma en dinero que puede ser por vía ejecutiva y que hoy por hoy tiene que ser eminentemente negociada pues de lo contrario no se le da aplicabilidad. Esta es una sanción que va en proporción al numero de días de retardo. Las multas castigan tres eventos: *El Retardo* o mora; el *incumplimiento parcial* de la obligación y

la *deficiencia en el cumplimiento* de la obligación (elementos axiológicos que pueden dar lugar a la estipulación de multas).

En cuanto al procedimiento de aplicación de las multas, tiene un carácter correlativo; son las partes quienes pactan pero, no con una posición unilateral sino, con posición recíproca: la contra de la multa son los intereses; si el Estado se retrasa en el pago, debe pagar al contratista intereses y si el contratista se retrasa en el cumplimiento de la obligación se le aplicará la multa. En cuanto a la forma de aplicar la multa, antes se prohibía aplicarlas por Resoluciones porque decía, era tanto como recobrar su posición de exorbitante y que las multas deberían pactarse de manera muy distinta en el contrato, bien deduciendo de los valores que el Estado debe al Contratista al pago de las cuentas o bien en el proceso de la liquidación en el cruce de las cuentas, que era la práctica mas corriente o por intermedio del Juez a través del proceso ejecutivo. Ahora por sentencia del Consejo de Estado, las multas si se pueden aplicar por medio de Resoluciones de la entidad contratante. La multa se aplica dentro de la ejecución del contrato.

La multa es una sanción de apremio para que el Contratista satisfaga su obligación. (En el decreto 222/83, la multa era una cláusula exorbitante). Con la expedición de la Ley 80/93 su expedición solo podrá pactarse dentro de la conformación del acto jurídico de común acuerdo y en forma proporcionada; producto de una negociación. Para este efecto se tendrá en cuenta su conveniencia. Así, pueden las partes dentro de su autonomía, de común acuerdo pactarlas e incorporarlas en una forma clara, precisa y proporcional de tal manera que su aplicación no genere la menor duda para su eventual ejecución y cumplimiento, pues en este caso por Constitución es una ley para las partes.

La Cláusula Penal Pecuniaria:

Históricamente se estableció por la Ley 4ª de 1905 como cláusula exorbitante en el contrato de obras públicas.

La cláusula penal pecuniaria en el Decreto 222/83, se entendía pactada así no estuviese prevista en el texto del contrato.

La cláusula penal pecuniaria, es una pena en dinero que se impone al Contratista, de manera distinta a la multa. Es un cálculo anticipado que hace el Estado, de los posibles perjuicios en el orden económico que sufriría el Estado por ocasión del incumplimiento del contratista. Hoy en día La cláusula penal pecuniaria, tiene una connotación referenciada a la Caducidad.

La cláusula penal pecuniaria no tiene per se, una condición autonomista, sino esta sub judice o ad referéndum de que se decrete la caducidad administrativa; por eso, cuando se expide el acto administrativo declarando la caducidad administrativa en la parte resolutive, generalmente en el artículo segundo señala: “Como consecuencia de lo anterior, hágase efectiva la sanción pecuniaria.”

La cláusula penal pecuniaria sanciona el incumplimiento total, a diferencia de la multa que sanciona el incumplimiento eminentemente parcial. La cláusula penal pecuniaria no es una cláusula independiente, es una cláusula subordinada, significando que si no se aplica la caducidad, no se aplicara La cláusula penal pecuniaria.

Si no existiese el soporte de la cláusula penal pecuniaria, no habrá sanción económica y quedaría la caducidad como una sanción moral (con la sola inhabilidad por 5 años para contratar con el Estado).

La multa tiene un alcance de menor escala, referida a que solamente sanciona incumplimiento parcial, mora, deficiencia, en cambio la escala sancionadora de la cláusula penal pecuniaria, tiene mayor cobertura porque sanciona el incumplimiento total.

La multa tiene una total independencia en cuanto a su aplicación, en tanto que La cláusula penal pecuniaria, esta condicionada como una lógica consecuencia de la declaración de caducidad.

La multa, se determina sobre sumas fijas convenidas por las partes; es una retribución o compensación por el servicio. La cláusula penal pecuniaria, es un cálculo anticipado de los perjuicios con ocasión del incumplimiento del contrato, es una indemnización a favor del Estado.

La multa tiene un carácter eminentemente educativo, de reconvención, de prevención, tiende a constreñir al contratista para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La cláusula penal pecuniaria, es una sanción definitiva por el manifiesto incumplimiento.

ANALISIS JURIDICO DE UN CONTRATO

Los factores o parámetros determinantes para hacer un análisis jurídico de un contrato que permitan conceptuar si se esta o no frente a una presunta nulidad son:

1. **La autorización legal.** Por tratarse de un requisito de validez, de la esencia del contrato. Verificar si tiene la autorización legal en el sentido material, no en el formal. (Si tiene o no la

autorización del órgano corporativo de la entidad). Si no tiene la autorización legal, esta viciado de nulidad absoluta. (numeral 1º del artículo 44 de la Ley 80/93).

2. **La capacidad de las partes:** Para la Entidad pública, la clase de persona jurídica. Se verifica si quien va a suscribir el contrato, es la persona autorizada (Representante legal), si no esta inhabilitado etc. Para las personas de derecho privado, se debe verificar por los datos que tiene la Cámara de Comercio, certificado de constitución y gerencia, etc.. Es requisito de validez o de la esencia del contrato.
3. **Análisis ponderado con la profundidad de formación, celebración y ejecución del contrato.** Se debe tener un amplio conocimiento de la ley de contratación; de derecho Constitucional, Administrativo etc. Este es el punto vital del análisis del contrato, es el análisis jurídico.
4. **Análisis de tipo económico y financiero:** Aquí se analizan todas las prescripciones de orden fiscal, todo lo que tiene que ver con el presupuesto, la disponibilidad; todo lo que tiene que ver con las garantías del contrato; lo que tiene que ver con los costos, etc.

3. REQUISITOS POSTERIORES (POSTCONTRACTUALES)

- 3.1.1- Perfeccionamiento.** Un contrato queda perfeccionado cuando se firma, cuando hay consenso entre las partes se firma el contrato y queda perfeccionado.

La consensualidad es un principio de todo contrato, no solamente de los estatales, sino los laborales, los administrativos, los civiles. Si se esta de acuerdo con el contratista, si hay consensualidad, se firma el contrato; la firma compromete y el contrato se convierte en ley para las partes.

La firma se impone a todo tipo de contrato; para los contratos con formalidades plenas y para los de sin formalidades plenas.

Hay contrato con formalidades plenas cuando el contrato fue sometido desde su comienzo a todas las ritualidades ad sustancian actus: Licitación; fue producto de evaluación; en cuanto a su estructura se observaron todas las cláusulas de rigor, las comunes, las excepcionales, se constituyeron las garantías; se ordenó su publicación; se pagaron los impuestos. Cuando se cumplen todas esas circunstancias se dice que el contrato fue sometido a las formalidades plenas. Los contratos con formalidades plenas, por lo general están referidos a las mayores cuantías.

Los contratos sin formalidades plenas, están referidas por lo general a los de menor cuantía. No han sido sometidos a licitación en forma directa; no tienen todas las cláusulas;

por lo general son formatos en donde se dejan los espacios para llenarlos y, corresponde a lo que se llaman contratos simplificados; en la practica corresponde a las famosas “Ordenes” – Orden de Trabajo (en el contrato de obras públicas); Orden de suministro; Orden de prestación de servicios; Orden de compra.

3.1.2 La Reserva Presupuestal. Es el segundo requisito de perfeccionamiento del contrato; es decir que exista un dinero comprometido que respalde la ejecución del contrato.

3.2. REQUISITOS DE EJECUCION .

3.2.1. La Constitución y aprobación de garantías.

Requisito sine qua non de los contratos de tracto sucesivo, es la constitución de las garantías.

Lo relacionado con las garantías, esta previsto en el Decreto 679 de 1994 (Decreto Reglamentario de la Ley 80/93).

La garantía, es un contrato accesorio porque depende del contrato principal estatal; esta subordinado o referenciado al contrato principal. Es un contrato accesorio por el cual una tercera persona distinta del contratantes y del contratista, se compromete por su cuenta y riesgo, previamente con el contratista a responder económicamente al Estado, por los perjuicios ocasionados por el contratista en el desarrollo del contrato.

El alcance semántico es muy amplio, es: Póliza, Fianza; Caución, garantía.

Clases de Garantías:

En materia de contratos hay dos tipos de garantía, **la contractual** que va codificada en una *póliza única*, en aplicación al principio de la economía.

Las llamadas **extracontractuales**, que tienen que ver con el contrato y que tienen una constitución y aprobación totalmente separada e independiente.

Riesgos que ampara:

Las **extracontractuales**, son:

La de “seriedad de la oferta” que se constituye cada vez que se compre un pliego de condiciones y se conteste y respalde, para garantizar la seriedad de la oferta y de lo que se contesto o manifestó del pliego de condiciones. La cuantía, no puede ser inferior al veinte por ciento (20%) del valor de la licitación o del concurso.

La de “Responsabilidad civil extracontractual”, se constituye en los contratos de grandes riesgos frente a terceros. Se constituye hasta el 30 o 35% del valor del contrato.

La contractual (Póliza Unica)- Riesgos contractuales.

Se refiere a los riesgos contractuales que van unificados en un solo texto y son ellos:

1. Anticipo: Que es el primer paso en la ejecución del contrato, como es un dinero que se da hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, hay que garantizarlo hasta en el cien por ciento (100%).

2. Cumplimiento: Que es imprescindible en todo contrato especialmente en los de tracto sucesivo, La cuantía según la ley, señala que no puede ser inferior al diez por ciento (10%) del valor del contrato. Su cobertura va hasta la liquidación del contrato.

3. Prestaciones sociales: Su cobertura va hasta tres (3) años después del vencimiento. La cuantía es del cinco por ciento (5%) del valor del contrato.

4. Alquiler de equipo: Solamente se utiliza en los contratos de administración delegada; en los contratos de gerencia de obra, donde el Estado tiene que suministrarle al intermediario maquinaria o equipos. La cuantía depende del tipo de maquinaria y equipos y de su estado.

5. Transferencia de tecnología: Esta garantía cubre los riesgos en lo relacionado con la patente industrial (Derechos de autor) por la explotación de dicha patente.

La garantía sobre estos riesgos se debe constituir y aprobar a la celebración del contrato, o sea después de la firma.

6. ESTABILIDAD DE LA OBRA.: Su cobertura no puede ser inferior a cinco (5) años.

7. CALIDAD DE CORRECTO FUNCIONAMIENTO Y SUMINISTRO DE RESPUESTOS.

La garantía sobre estos dos últimos riesgos se debe constituir y aprobar a la terminación del contrato.

4. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL

Los principios son normas universales, a través de ellos visualizamos ese cosmos que se llama el derecho.

Por la definición etimológica, vemos que principio es el primer instante del ser. Es el punto de partida de una obra; es la base, el fundamento, el origen, la razón fundamental sobre la cual procede el discurrir de una materia. Es la parte primitiva de algo.

Desde el punto de vista jurídico son las normas universales, a través de las cuales se visualiza o interpreta el derecho. Los principios sirven para estructurar las instituciones. Son aquellas leyes fundamentales, sin las cuales el derecho no tendría fundamento; como los hombres sin principios, serían unas veletas, unos barcos sin timonel que andarían a la deriva y fácilmente podrían chocar contra los arrecifes.

Los principios son aplicables a favor de todas las personas que intervienen; a diferencia de las cláusulas los principios pueden favorecer al contratista; pueden favorecer al contratante; pueden favorecer a las terceras personas. Son la esencia, el fundamento de la contratación.



- | | | |
|--------------------------------------|---|----------------------|
| 1- <u>PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DEL</u> | - | Economía. |
| <u>CONTRATO ESTATAL.</u> | - | Responsabilidad. |
| - Transparencia. | - | Ecuación financiera. |

- Selección Objetiva.
- 2- PRINCIPIOS QUE REGULAN LA CONDUCTA DEL FUNCIONARIO Y LA FUNCION PUBLICA. PRINCIPIOS DE INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.
- 3- PRINCIPIOS GENERALES.
 - Del Derecho
 - De todo contrato.
- 4- PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.



1- PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DEL CONTRATO ESTATAL.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

Es el primero de todos los siguientes, porque le da cobertura a casi todos los demás principios. Esta señalado en la Constitución, en la ley. En la década del 83 al 93, hablábamos ya del principio de la transparencia, pero no existía una norma que lo citara. Se consagró en norma constitucional, para evitar la inmoralidad y la corrupción.

Este principio le da cobertura a casi todos los demás principios; en el se encierra por ejemplo el principio de la igualdad, funcionario que no practique el principio de la igualdad, no es transparente; cuando busca favorecimiento a favor de amigos o familiares no se esta siendo transparente; esto en el principio de la imparcialidad y como complemento de la transparencia; cuando se oculta una inhabilidad o incompatibilidad, no se esta siendo transparente. La transparencia tiene también uno de sus perfiles a través de la publicidad, cuando se difunden los procesos licitatorios se esta siendo transparente, se le esta dando aplicabilidad al concepto de objetividad, de crear expectativas no para unas solas personas sino, para todo el mundo que tenga condiciones o capacidades para ofrecerle sus servicios al Estado.

Si hay algo publicitario es la contratación; esto se ve en los diferentes avisos; en la diferentes audiencias que se celebran en el proceso licitatorio, Ocultarlo sería no ser transparente. También lo observamos a través de la contradicción que puede ofrecer las actuaciones de los funcionarios públicos; controvertirlas. Por eso, cuando en la diligencia de objeciones y no se esta de acuerdo con alguna evaluación, se objeta, y eso es transparencia dando lugar a que dentro del proceso democrático que debe envolver la licitación o la contratación, podamos controvertir las decisiones de los funcionarios. Todo acto que en materia de contratos se dicte, por ejemplo en los contratos adicionales, las declaratorias de caducidad, las terminaciones unilaterales, el uso de las potestades excepcionales en el caso de la liquidación, debe motivarse y debe relacionarse si deja descontento o no a las personas.

Cuando aplicamos el régimen de competencia de acuerdo con el artículo 24 de la ley 80/93, se debe adjudicar mediante licitación, pues hay que cumplir con las reglas de la

licitación, si no las aplica, no es transparente, esta acomodando el proceso. Es decir la transparencia lo es todo.

En un proceso contencioso administrativo, en un demanda, en un alegato o en la proyección de un recurso en materia de contratos, se hace referencia siempre al principio de transparencia y, los jueces en todas las actuaciones en los actos de fondo en los autos interlocutorios, particularmente en la sentencia, resolviendo las controversias en materia de contratos, siempre harán ineludiblemente mención al principio de transparencia porque, si se sustenta una demanda en torno al principio de transparencia, se está haciendo simplemente énfasis al concepto de constitucionalidad y al concepto de legalidad.

PRINCIPIO DE ECONOMÍA.

Tenía un fundamento legal en la década del 83 al 93. particularmente en el Decreto 01 de 1984, cuando hablaba en el artículo 2º que debía sujetarse a los principios de celeridad, eficacia, economía; pero no existía una norma en el orden constitucional que hiciera referencia al principio de economía, lo cual significa que también se categorizó como norma constitucional a partir de 1991; y al decir en la ponencia del constituyente, se categorizaba, con el fin de evitar la malversación y el despilfarro del patrimonio público del Estado.

Tiene su desarrollo en muchas manifestaciones previstas en el artículo 25 de la Ley 80/93; tiene su manifestación por ejemplo en la supresión de trámites. Se suprimieron muchos trámites que hacían dispendioso el proceso, en cuanto a intervención de organismos corporativos, que ya no intervienen como lo hacían en la década del 83 al 93 ahora se limitan a autorizar y a ejercer su control político. Lo vemos también en el papeleo, ya no se exigen tantas copias. Lo vemos cuando se dosificaron todos los riesgos o amparos en un solo texto para evitarle al contratista tantos viajes a una compañía de seguros (póliza única); lo vemos con la fijación del silencio administrativo positivo que en materia de contratación tiene mucha aplicación, particularmente en las demandas; particularmente en las liquidaciones de los contratos (recordemos que la posición del silencio administrativo deviene del ejercicio del Derecho de Petición). Siempre el silencio lo entendemos como negativo, y recordemos que hay muchas manifestaciones de a que equivale ese silencio administrativo negativo; si es por actuación simple (hay actuación simple cuando no hay controversia si se hace una solicitud y no le contestan en tres meses = silencio administrativo negativo) pero, en la actuación controversial el silencio negativo no se manifiesta, no se traduce en los tres meses sino en los dos (2) meses, de manera que son distintos. Una actuación simple es cuando se hace una petición y la Administración no contesta en los tres meses se entiende negado pero, ahí no hay motivo de controversia, sino que simplemente se hace uso de una facultad constitucional prevista en el artículo 23 de la Constitución nacional; pero, cuando se está inconforme con la actuación administrativa y se utiliza la vía de los

recursos (no la vía de la acción), recurso de reposición y el recurso de apelación y no contesta la administración en dos (2) meses, se entenderá negado. Son estas las manifestaciones del silencio administrativo que por regla general es negativo.

Dice la norma que excepcionalmente el silencio administrativo es positivo y, lo es solamente en los casos que determina la ley y, justamente el artículo 25 de la Ley 80/93, habla de que cuando se haga una solicitud dentro de todo el proceso de la contratación y no se conteste en el término de tres meses, se entenderá aceptada la petición {Silencio Administrativo positivo}. Aquí es donde hacen valer los ajustes por inflación, pago de intereses; renegociación en materia de contratos y particularmente en el proceso liquidatorio, entonces aquí ya la entidad tiene que pagar por no haber contestado guardando silencio.

Una de las tantas manifestaciones del principio de la economía es el empleo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.

La Responsabilidad Contractual: Hoy día no hay duda en torno a la aplicación de la responsabilidad contractual. La responsabilidad contractual, tiene su esencia en el artículo 90 del Constitución Nacional pero, independientemente del artículo 90, tenemos otros artículos como son el 6º, el 110, el 124 de la Constitución nacional. Los artículos 4º y 5º de la Ley 80/93 «porque el artículo 4º y 5º habla de deberes y derechos; el incumplimiento de un deber, de un derecho, genera una responsabilidad»

El artículo 6º de la Constitucional nacional dice “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”. O sea que los funcionarios tiene dos causas de imputación, cuando desconocen la Constitución y cuando se extralimitan en el ejercicio de funciones.

El artículo 110 de la Constitucional nacional le atribuye al legislador todo el poder reglamentario en materia de responsabilidad. Desafortunadamente esa norma constitucional no ha tenido su reglamentación para que determine los puntos de responsabilidad en forma individual.

El artículo 124 de la Constitución Nacional habla de la responsabilidad que puede tener los representantes legales de las entidades descentralizadas y también deja a la ley la forma de establecer los puntos de responsabilidad contractual del Estado.

El artículo 90 de la Constitucional nacional tiene dos incisos, uno que se ha calificado como el de la responsabilidad del resarcimiento, de la responsabilidad patrimonial.

La Responsabilidad Contractual	
<p><u>La responsabilidad del resarcimiento</u>, esta prevista en el inciso primero del artículo 90 de la Constitución cuando dice:</p> <p style="text-align: center;">§ “El Estado responderá patrimonialmente por los <i>daños antijurídicos</i> que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”</p> <p style="text-align: center;">Responsabilidad patrimonial.</p> <p>Establece un nuevo factor de responsabilidad: <u>el daño antijurídico</u>.</p>	<p><u>De responsabilidad punitiva</u>, es el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución:</p> <p style="text-align: center;">“..en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”</p> <p><u>La segunda parte</u>: también responderá patrimonialmente con la conducta dolosa o gravemente culposa que asuman los funcionarios en ejercicio de sus funciones y el Estado repetirá; es aquí cuando se formaliza o institucionaliza la acción de repetición contra los funcionarios culpables.</p>

La primera es una responsabilidad eminentemente económica y la segunda es una responsabilidad sancionatoria, punitiva.

El daño antijurídico: La responsabilidad extracontractual se ha fundamentado en teorías viejas y clásicas como la “culpa in eligiendo”; la “culpa in vigilando”, la “Teoría de las cargas públicas”, la teoría del riesgo creado; en la tesis organicista; en la “teoría de la falla en el servicio”, la “teoría de la falta personal “, son temas que no son descartables, que los podemos utilizar de contera en algunas actuaciones, dependiendo del nexo causal producto de ese daño o perjuicio, que los podemos seguir utilizando; pero hoy día, la prevalencia de la propia responsabilidad, hay que demostrarle al Estado en materia de contratos que la actuación del funcionario fue antijurídica, para que el Estado pueda responder. Entonces lo primero que tenemos que decantar es qué es el daño antijurídico. Daño antijurídico es lo que va contra el derecho, ante el derecho. Dice el autor Eduardo García en su redacción que el daño antijurídico es aquel que la víctima no tiene porque soportarlo cuando deviene de una acción del Estado. Para explicarlo, dice que solamente puede soportar únicamente aquello que deviene de la ley, porque si no esta definido por el legislador no será jurídico y trae un ejemplo como el caso de la pena de muerte; por ejemplo la calificación de la pena de muerte por las autoridades colombianas es antijurídica en el derecho colombiano, en cambio, en los Estados Unidos es jurídica; es esto más o menos lo que se vislumbra del daño antijurídico.

De todas maneras, hoy día, del daño antijurídico es el norte, es el punto referencial; es el marco conceptual para hoy día apoyarnos en la responsabilidad civil extracontractual. Simplemente

decimos que el funcionario actuó en contravía del derecho y por ir contra derecho causo un daño y por consiguiente debe responder.

En cuanto a la segunda parte; definido cual es el factor hoy predominante de la responsabilidad, hablamos de la responsabilidad punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución nacional, que es la responsabilidad sancionatoria. Dice el artículo 90 que el Estado también responderá patrimonialmente por la conducta dolosa o gravemente culposa. Conducta dolosa o gravemente culposa quiere decir que entró en delito en que pudo incurrir el funcionario cuando con sus actuaciones u omisiones en cumplimiento de sus funciones; pudiendo el Estado repetir iniciando una acción de repetición por los pagos que haga con ocasión de esas actuaciones indebidas por parte de sus funcionarios. Surge entonces lo que se llama la conducta sancionatoria; la responsabilidad sancionatoria.

Acción de repetición: para que opere el requisito de procedibilidad, para que opere hoy día la acción de repetición es que exista una condena contra el Estado pero, no basta la sola condena; es necesario que el Estado haya pagado esa condena; es necesario para el ejercicio de la acción popular de repetición de la que es titular cualquier persona. Particularmente son voceros los organismos de control, particularmente el Ministerio Público.

El artículo 90 de la Constitución se aplica tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual.

Ahora comprendemos la responsabilidad contractual, que tiene su desarrollo en los artículos 4° y 5° y todo el capítulo 5° de la Ley 80/93.

Del estudio de estas normas, se establecen tres fases que desarrollan todo el esquema de la responsabilidad en materia de contratos:

- 1- Establecemos que hay dos tipos definidos de responsabilidad. De esas mismas normas, también concluimos que hay unos sujetos determinantes de responsabilidad contractual e indudablemente unos efectos, dependiendo del tipo de responsabilidad entonces en tres columnas resumimos las normas del capítulo V y de los artículos 4° y 5° de la Ley 80/93.

Aquí llegamos a la siguiente conclusión: Con base en las normas de la Ley 80/93 antes señaladas, hay cuatro tipos de responsabilidad en materia de contratos:

- La penal.
- La Civil.
- La Disciplinaria.
- La Fiscal.

Tipos derivados del esquema constitucional de estas normas.

También se define que hay unos sujetos (fue lo más importante de la Ley 80/93) que no se tenía en el Decreto 222/83, por ejemplo en este Decreto no se hablaba de la responsabilidad de la entidad. Ahora se habla de la responsabilidad de la Entidad; de la del Representante legal; de la responsabilidad del Contratista; de la responsabilidad de los terceros que puede ser más grave que la del contratista y del contratante pero, distinguiendo a terceros como funcionarios y como particulares. Los efectos, dependerá de cada tipo de responsabilidad.

Responsabilidad Contractual		
TIPOS	SUJETOS	EFFECTOS
PENAL	Funcionarios (Representante Legal) Contratista	Artículos 144; 145 y 146 del Código Penal 144: Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. 145: Interés ilícito en la celebración de contrato. 146: Contrato sin cumplimiento de requisitos legales
CIVIL	Entidad Funcionarios (Representante Legal) Contratista. Terceros: (funcionarios y particulares)	Indemnizaciones; el empleo de medidas cautelares de embargo y secuestro; el remate de bienes, pueden utilizarse los mecanismos de la acción de procesos contractuales
DISCIPLINARIA	Funcionarios (Representante Legal) y Terceros funcionarios.	Puede dar lugar a sanciones como la destitución; la suspensión del cargo; las multas; las inhabilidades
FISCAL	Funcionarios (Representante Legal) Contratista	El proceso fiscal de cuentas el empleo de medidas cautelares de embargo y secuestro; el remate de bienes,

De la Responsabilidad Penal: En el concepto contemporáneo la responsabilidad penal no esta aislado; no es un tema independiente, sino que con los otros tipos, son integradoras de la creación del derecho.

En materia de contratos, existe la tipificación de un delito específico que es la celebración indebida de contratos, previsto en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal.

El Delito de celebración indebida de contratos se estructura sobre tres (3) conductas dolosas:

La primera, la del art. 144, habla que en el proceso de formación, celebración y ejecución esté incurso en una inhabilidad o incompatibilidad. Entonces, la primera conducta dolosa que estructura el delito específico de la celebración indebida de contrato es el desconocimiento al régimen de las inhabilidades e incompatibilidades. El criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es que no acepta la configuración del delito en la etapa de formación, sino en la etapa de la ejecución. Criterio que sostienen en razón a que para la Sala en la etapa de formación no hay delito porque no puede haber

tentativa de inhabilidad o de incompatibilidad, ni tentativa del delito de celebración indebida de contrato y, que solamente se califica el delito cuando hay una transgresión real y material de la inhabilidad o sea la que aparece en el proceso de la ejecución del contrato; caso anterior cuando la persona a sabiendas de ser pariente o de ser socio, de ser amigo del funcionario y sale favorecida en el proceso y después se le descubre, ahí sí habría delito. O como en el caso de no obrar con la rapidez necesaria en la solución de una incompatibilidad sobreviniente, le generaría un delito de celebración indebida de contrato, por la conducta dolosa por el desconocimiento al régimen de las inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 144 del C.P.. O sea, que no se acepta la tentativa de inhabilidad y de incompatibilidad.

La segunda conducta dolosa, la señalada en el artículo 145, la ilicitud se refiere al provecho ilícito a favor propio o en el de terceros que puede deducirse en la celebración de un contrato. La conducta dolosa, tiende a confundir este delito, porque es bastante difícil calificar en forma independiente, en forma separada la ilicitud del negocio jurídico llamado contrato estatal, que, deben recurrir a los indicios para lograr la calificación. Ejemplo de conducta dolosa es cuando el funcionario adjudica un contrato con el propósito de tener un provecho personal, inmoral, aquí el funcionario no es objetivo, sino por el contrario que actuó en una posición de parcialidad, utilizando el cargo para beneficiarse. Otro ejemplo de calificación de conducta dolosa es cuando ya para la ejecución del contrato, modifica el objeto o el programa de la obra o servicio a contratar para favorecer a terceros

La tercera conducta dolosa, (artículo 146 C.P.), Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El Artículo 146 habla de conducta dolosa de aquel funcionario que en el proceso de formación del contrato, no cumple con los requisitos esenciales. Atendiendo que en el Código Penal no habla de requisitos esenciales, tampoco lo dice la Ley 80/93; el Código Civil y el Código de Comercio habla de requisitos legales que podrían entenderse como requisitos esenciales. Entonces una definición sería que *“Esencial es aquello que es absolutamente necesario, indispensable e imprescindible para la formación del acto jurídico o la ejecución del mismo, que sin su presencia no pudo haber nacido a la vida jurídica o no pudo haberse ejecutado el contrato”*, lo anterior porque no podría pensarse en un contrato sin partes o un contrato sin objeto y en materia de contratación estatal, que tal un contrato que debiendo haber sido adjudicado por licitación, adjudicaron en su remplazo 5 contratos en forma directa. Esencial por ejemplo es que un contrato que requiere Registro de Proponentes, debiendo tener el Registro de Proponentes, como el de constructores, como el de consultores o el de proveedores, se haya hecho caso omiso a dicho Registro, cuando es requisito de esencia. Las cláusulas exorbitantes no son requisito de esencia, porque estas se sobreentienden, se entienden fictas o pactadas y el hecho de no haberlas estipulado no lo exime del cumplimiento; no son requisitos de la esencia. Lo esencial es aquello que es virtualmente indispensable para la formación del acto, para la celebración del contrato, cuyo

evento, exige imperio de presencia para efecto de su validez o de lo contrario habría que descalificar el contrato.

El delito de celebración indebida de contrato que es muy específico el estatal, se estructura sobre esas tres conductas dolosas. Desconocimiento del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades; el obtener un provecho ilícito a favor o en el de terceros y cuando no se cumplen los requisitos esenciales en el proceso de la contratación. Claro esta, que no solamente en un contrato se puede caer incurso en una celebración indebida, se puede entrar también en concurso con otros delitos como el peculado, cuando se utiliza una partida presupuestal que no corresponde al contrato, o hay peculado cuando comprometo económicamente el contrato sin tener soporte suficiente o, por ejemplo con el cohecho, la concusión, el prevaricato, la falsedad (cuando por ejemplo se declara no estar incurso en ninguna inhabilidad y después se descubre que si lo estaba).

Este delito y de acuerdo al grado de participación y a los efectos nocivos sufridos por esa actuación, puede dar de 4 a 12 años de cárcel.

Entonces el primer efecto, si hay una calificación del delito ya comprobado dentro de un juicio, puede dar de 4 a 12 años de cárcel. Efecto de esta sanción es que lo declara interdicto por diez (10) años y con el agravante de que la acción penal prescribe a los veinte (20) años.

*Son sujetos de la responsabilidad penal: **El funcionario. El contratista** que para los efectos penales se le considera “servidor público” razón por la que se le aplica los mismos delitos y las mismas sanciones que al funcionario. **Los terceros:** *funcionarios* que intervienen en el conjunto de la contratación desde la formación hasta la terminación del contrato (el Jefe de Planeación; el Interventor; el Jefe de presupuesto; los Auditores; los funcionarios del Control Interno; los funcionarios de la Oficina Jurídica, el Tesorero como ordenador del pago, los gerentes financieros, etc.); y como terceros los asesores que emiten conceptos que son decisivos o vinculantes para que el funcionario firmara el contrato.*

De la Responsabilidad Civil

Esta responsabilidad civil es la responsabilidad de todos, es erga omnes; porque la tiene todos los sujetos, incluyendo la entidad; es el único caso donde la entidad es sujeto de responsabilidad, entrándose de la responsabilidad civil. Porque de esta responsabilidad estamos hablando ya del aspecto económico y patrimonial y todos son responsables en la medida en que sean culpables de que el Estado haya gastado o hubiere invertido un dinero mal. Pudiendo el Estado repetir iniciando una acción de procesos contractuales; podrá iniciar procesos ejecutivos cuando ya hay definida una obligación. La Responsabilidad Civil, es una responsabilidad de todos, exclusivamente patrimonial, por eso todos los cuatro sujetos (Entidad, Funcionario, Contratista y tercero) son sujetos de responsabilidad activa en materia civil.

Los efectos: se pueden obtener indemnizaciones; el empleo de medidas cautelares de embargo y secuestro; el remate de bienes, pueden utilizarse los mecanismos de la acción de procesos contractuales (prevista en el artículo 87) acción que posibilita a cualquiera de las dos partes ser sujeto activo de la relación jurídico procesal, tener la legitimación en la causa por activa o pasiva, dependiendo del resultado de la obligación. El Estado puede demandar al Contratista. El contratista puede demandar al Estado y pueden pedir de todo: indemnizaciones, reconocimientos y cuando ya se establece una traba jurídica a través de una condena puede iniciar la vía ejecutiva puesto que el contencioso no solamente es el juez de la controversia sino el juez de la ejecución. Y se pueden fundamentar en el contrato, que es un título ejecutivo o en la sentencia misma para hacer efectivos los derechos. Puede utilizar la vía de la jurisdicción coactiva en determinados casos. Utilizar la acción de repetición. Hay que tener en cuenta los nuevos parámetros establecidos en la Ley 446/98 que no solamente se aplican en materia contractual sino extracontractual; al agregado del artículo 86 que habla de la acción de reparación directa que en materia de responsabilidad extracontractual era el Estado sujeto pasivo de la relación jurídico procesal, era demandado, ahora puede ser demandante, cuando por ejemplo del resultado de una conciliación o de un proceso de responsabilidad civil extracontractual en la etapa prejudicial el Estado tuvo que pagar un dinero, el Estado puede repetir contra esos exfuncionarios que por su culpa el Estado tuvo que hacer una erogación. Este es un nuevo esquema. También puede utilizar la vía de los mecanismos alternativo de solución de conflictos para hacer efectivo el derecho, pero, particularmente la acción de repetición contra el funcionario culpable, que fue directamente responsable de pagos de esa conciliación, del pago de esa indemnización, del pago de todas las erogaciones que tuvo que hacer el Estado bien por unos ajustes o por sobrecostos por ejemplo en materia de contratos.

De la Responsabilidad Disciplinaria: Esta responsabilidad disciplinaria, exclusiva del funcionario público, entonces aquí hacemos abstracción de la entidad siendo sujetos de la responsabilidad disciplinaria el funcionario y los terceros que son funcionarios únicamente, cuando han entrado incursos en una conducta disciplinaria, por el desconocimiento de sus deberes, derechos y de las obligaciones que tiene. Entonces solamente hay dos sujetos de responsabilidad: el funcionario (Representante legal) y los funcionarios terceros. La responsabilidad se da porque el funcionario desconoció un deber; violó una prohibición o incumplió con algunos derechos fundamentales previstos dentro del marco de la función pública.

En cuanto a los efectos, puede dar lugar a sanciones como la destitución; la suspensión del cargo; las multas; las inhabilidades de cinco (5) años en caso de que salga destituido y no solamente para celebrar contratos sino para ejercer funciones públicas.

De la Responsabilidad Fiscal: La Responsabilidad Fiscal, la esencia de este control es la preservación del patrimonio público, particularmente en lo relativo a la ejecución presupuestal; la misión que tienen los Contralores es vigilar que los dineros destinados a los contratos se inviertan bien, que no existan los sobre costos, que no existan las desviaciones en esta materia. En cuanto a

los sujetos de Responsabilidad Fiscal, lo son todos menos la entidad; y lo es el Contratista, porque el maneja dineros públicos del Estado, por ejemplo cuando al contratista se le entregan el anticipo, es responsable de ese dinero de que se haga buena inversión; luego todos son sujetos de responsabilidad fiscal.

La Responsabilidad Fiscal, es un tema que es muy cuestionado, razón por la que algunos pretenden acabar con la Contraloría porque ha perdido su razón de ser, debido al fallo de la Corte Constitucional, al fallo del Consejo de Estado que limitó el ejercicio de control a dos (2) años desde la terminación y liquidación del contrato. Los resultados que se ven respecto del control fiscal son muy pocos.

EL PRINCIPIO DE ECUACIÓN FINANCIERA.

Este es un principio que debió quedar inmerso en el principio de economía, porque tiene relación con aspectos financieros y económicos. Seguramente el legislador quiso resaltar uno de los deberes previstos en el artículo 4º y en el 5º de la Ley 80/93, porque es un deber del Estado (art. 4º numeral 8º) mantener las condiciones económicas del contrato y es un derecho que le asiste al contratista exigir el mantenimiento de las condiciones económicas. Cuando se hace un negocio jurídico con el Estado el contratista de antemano sabe cuanto se va a ganar y si el Estado acepta ese margen de utilidades y firma el contrato, pues es una ley para las partes y tiene que cumplirse en esas condiciones; dicho de otra manera el contratista nunca puede ir a pérdida, tiene que tener siempre un margen de utilidad. Si por condiciones internas y/o externas se rompe esa ecuación financiera que significa igualdad, entonces el estado esta en la obligación de restablecer ese rompimiento del esquema financiero. La ecuación financiera significa igualdad, balance, pero particularmente en los contratos de tracto sucesivo puede romperse ese esquema de igualdad derivado de muchas causas o motivos algunos externos; causas que aplicando la teoría de la imprevisión pueden ser algunas endógenas y otras exógenas que pueden romper el esquema de la igualdad económica del contrato.

Entre las causas endógenas esta por ejemplo el retraso en el pago de las cuentas, cuando el Estado diseña un programa de pagos del contrato y no lo cumple entonces tiene que asumir las responsabilidades del incumplimiento, porque el contratista no tiene porque soportar las improvisaciones del Estado, salvo que sea por motivos de fuerza mayor justificables de la demora para que el Estado no pague.

Las causas exógenas, las venidas de afuera, que pueden romper la ecuación financiera, están los fenómenos telúricos, el invierno; terremotos, las sequías; fenómenos económicos que son más constantes como una devaluación, una inflación, un cambio intempestivo del precio del dólar, que impone la renegociación del contrato; problemas de orden público. Son estas las causas que pueden originar el rompimiento de la ecuación financiera del contrato.

Son mecanismos de restablecimiento de la ecuación financiera: para el pago del atraso de las cuentas:

El pago de intereses. Intereses que en la otrora norma eran un adfesio, un pecado estipularlos, hoy día es una regla institucional, resultado de la jurisprudencia que se formalizo en norma institucional. El numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80/93, dice que se pactaran intereses moratorios. Se pactan de acuerdo con la ley; intereses corrientes durante los seis (6) meses a pesar de que hay jurisprudencia que a partir del sexto y séptimo mes se pueden pactar los de mora. Pero, la norma dice que en caso de no pactar intereses se entenderán pactados(cláusula presunta) “Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios se aplicara la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”. Se entenderán pactados con base en el interés del derecho civil, que se toma sobre una regla de tres, es decir sobre el IPC (índice de precios al consumidor), establecidos por el DANE a 31 de diciembre en la cifra proporcional correspondiente.

El presupuesto global. Para que no fracasen los contratos, como se fracasaban anteriormente, se debe asignar una partida presupuestal superior al costo real.

El reajuste de precios. Es el mecanismo más apropiado para mantener la indexación o actualización de los precios, es aplicar la formula rentística con la *renegociación*.

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA.

Debió estar este principio incluido en el principio de transparencia. Es objetivo cuando no es subjetivo. Se hace abstracción de las personas o de las posiciones particulares de los funcionarios o de los contratistas. Entonces *objetivo*, dice un autor español, es lo sano, lo que esta desprovisto de intencionalidad de favorecimiento personal, que no es acomodado. El fin del principio la selección objetiva es lograr la propuesta más favorable para el Estado. La propuesta más favorable para el Estado es la que sumados los factores de ponderación como la experiencia; el precio, el patrimonio, el plazo; sumados los factores de ponderación le dan al Estado la propuesta más favorable y de conveniencia, aplicando el principio del artículo 29 de la Ley 80/93.

2. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA CONDUCTA DEL FUNCIONARIO Y LA FUNCION PUBLICA.

El funcionario que esta inmerso, comprometido en el proceso de la contratación tiene que cumplir un código ético, mas que nadie en materia de contratos; debe abstenerse de recibir prebendas, comisiones etc. Hay un marco de prohibiciones que esta previsto en la Ley 443 de 1998, que aunque fue declarado inexecutable en algunos aspectos, sigue orientando el marco funcional de todo servidor público en el sentido de que nunca debe desconocer las prohibiciones que establece, ni los procedimientos que tiene por ejemplo, de ser eficaz, eficiente, puntual, de ser leal etc. y toda esa serie de normas que constituyen el decoro del funcionario, relacionadas con el código ético. Al lado, va aparejada una función más universal, mas reguladora de lo que es la actividad pública que es la que esta prevista en el artículo 209 de la Constitución.

La eficiencia y la eficacia: es eficaz el funcionario que cumple unas metas. Es funcionario eficiente el que trata de hacer las funciones bien, dentro de los procedimientos más rápidos y más adecuados en cumplimiento de su función; ese es un funcionario eficiente; entonces, eficaz quien cumple las metas. También dentro de esas postulaciones se deben adornar el contexto de la función pública esta complementado con el principio de la economía, principios que se recogen en normas anteriores por ejemplo el artículo 3º del Decreto 01 de 1984 cuando habla de la publicidad, de la contradicción; cómo sus actuaciones no son absolutas y pueden desvirtuarse si no se han adecuado a la norma y como el funcionario en razón de que esta actuando en interés general, no puede hacer las cosas secretamente, sino que las tiene que comunicar; además que, muchas actuaciones no cobrarían vigencia jurídica si no se publican, más si los actos tienen un contenido general hay que comunicarlo, Todo esto tiene que ver con los principios que regulan la conducta del funcionario y la función publica.

3- PRINCIPIOS DE INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.

Unos tienen que ver con el desarrollo del artículo 3º de la Ley 80/93 y otros tienen que ver con la aplicación del Código Civil.

Se parte de una base fundamental: El contrato Estatal tiene su fundamentación nacimiento en el derecho civil.

Se acude a los principios de interpretación porque a veces la norma de la Ley 80/93, no da todo el bagaje jurídico para desarrollar los contratos, a veces en la misma ejecución del contrato se encuentran dificultades pero, como no se puede paralizar el contrato, entonces para desentrañar aquellos vacíos, aquellas contradicciones, aquellas ambigüedades, obscuridades o, para resolver aquellas dudas tenemos que acudir a las normas del derecho civil.

Hay duda cuando a la lectura de una cláusula aparentemente esta bien redactada pero, al aplicarla crea confusión, entonces debe acudirse a las reglas de interpretación del derecho civil.

Hay ambigüedad, cuando por ejemplo el contratista da su interpretación y el contratante otra, pudiendo conducir a la paralización de un contrato, a una crisis del contrato.

Hay obscuridad cuando la cláusula es tan abstracta que ni para el contratista ni para el contratante hay interpretación de ninguna naturaleza, entonces es ahí donde se acude a las normas del derecho civil.

Se debe soportar en el derecho civil porque, el contrato Estatal tuvo su nacimiento en el contrato civil. El contrato Estatal es igual al contrato civil, solo que es adecuado a la posición del derecho público con unas cláusulas distintas; además porque la posición finalista del contrato es para solucionar un problema; es para satisfacer una necesidad de interés general, es proyectar el contrato, el objeto del contrato hacia un interés público; es la gran diferencia con la contratación civil, es la razón por la que debo acudir al derecho civil. Entonces el derecho civil, nos permite tres tipos de interpretaciones para solucionar las controversias generadas partiendo de tres tipos de interpretación: *Interpretación legal*: Es la misma ley la que nos permite desentrañarla. *La privilegiada*: Que es la interpretación que se utiliza con base en las cláusulas del contrato. *La Judicial*, que es la interpretación que hace el juez. Si la interpretación no la hacen las partes con base en lo que existe, en interpretación legal o con la privilegiada, se acude al juez, pero con una prevención, con una reserva: el Juez no puede hacer lo que quiera, sino que tiene que someterse a unos parámetros.

Interpretación legal: Muchas normas del Código Civil nos permiten desentrañar muchas de las cláusulas del contrato; la misma ley nos orienta; por ejemplo, la intención que tuvieron las partes a la celebración del contrato.

La interpretación privilegiada, solamente se da en los casos que impusieron las cláusulas exorbitantes, aquí no le queda al particular sino aceptar las condiciones que le impone el Estado a través de las cláusulas de caducidad, de la terminación, de la modificación a que el estado es el único que puede interpretar unilateralmente el contrato.

La Judicial, que es la interpretación que hace el juez, se hace sobre ciertos parámetros: los jueces, que en particular es el juez contencioso de la Sección Tercera, utiliza cuatro (4) normas del Código Civil cuando tiene controversias sobre los contratos así:

El artículo 1618 del C.C., señala que se debe mirar el interés que promovió a las partes cuando firmaron el contrato; Debe .entonces mirar la intencionalidad de las partes.

El artículo 1622 del C.C. Es la norma de lo que se llama la escuela sistemática. El contrato en su contenido en el contenido de las cláusulas, debe parecerse a las piezas de un motor, que al quitarle una de ellas deja de funcionar. Es sistemático, tiene una secuencia, es ordenado, significando que una cláusula debe tener concatenación con la otra; si aparece una cláusula que no tiene nada que ver, se retira porque esta violando el artículo 1622 del C.C. Aquí es donde aparecen las nulidades parciales, la formalización de las nulidades parciales que es una nulidad muy propia del contrato estatal se debe a que hay una cláusula que desentona con la secuencia de la formalización del contrato.

El artículo 1621 del C.C., que es la cláusula que habla del sentido natural y obvio; no le es permitido a las partes darle su propia interpretación sobre el texto sin consultar su espíritu. Todo ese sentido natural, tiene aplicabilidad en la contratación estatal; lo aplican los jueces.

El artículo 1620 del C.C. Se debe preferir el sentido de la cláusula, sobre la que no lo tiene. El caso de los plazos, que a veces hay que ampliarlos con la vigencia, si por ejemplo el plazo esta muy claro y la vigencia es un poco obscura, entonces desarrollemos la vigencia que esta obscura con relación al plazo que tiene más sentido que la vigencia.

4. PRINCIPIOS GENERALES.

4.1 Los Generales del

Derecho.

4.1.1 La Buena fe.

4.1.2 Enriquecimiento
sin causa.

4.1.3 Error común.

4.1.4 Abuso del derecho.

4.2 De todo contrato.

4.2.1 Autonomía de la
voluntad.

4.2.2 Consensualidad.

4.1. Los generales del Derecho.

4.1.1. La buena fe. El principio de la buena fe, se utiliza mucho en materia penal, lo mismo que en materia disciplinaria. Tiene mucha aplicabilidad en la Ley 80/93.- Tiene el principio de la buena fe su nota constitucional. Surge este principio cuando se actúa en la forma correcta u honesta, sin causar perjuicio a los demás. La buena fe se presume, mientras no se demuestre lo contrario.

Hay muchas definiciones de la buena fe: Es el obrar sin causar daño al otro. Por eso el actuar del funcionario en materia de contratos, debe ser muy preciso, debe ser muy claro, debe ser muy diligente. La buena fe se encuentra desarrollada en muchas normas, por ejemplo en el Código Civil, la encontramos en el 1603; En el Código de Comercio en el artículo 871; En la Ley 80/93 en muchos artículos (artículos 26; 28, etc.). Los intereses se categorizaron como norma gracias al principio de la buena fe. El Principio de la buena fe, encierra los demás por que por ejemplo el del “error

común” es desarrollo del principio de la buena fe; lo mismo el enriquecimiento sin causa.

- 4.1.2 El enriquecimiento sin causa. Se predica este principio respecto del Estado. Porque si fuera de los particulares sería enriquecimiento ilícito. Se habla de enriquecimiento sin causa, cuando una persona tiene ventajas o utilidades, frente a otra que es el empobrecido. El ejemplo es, que a veces el Contratista por hacer mejor las cosas, hace obras adicionales, no por que estén previstas en el contrato, sino para mejorar la obra; entonces el Estado no puede enriquecerse a costa del contratista que realizo de buena fe la obra adicional. La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha centrado en que se debe reconocer al contratista los costos de la adición.
 - 4.1.3 El error común. Crea una teoría que se denomina la “*teoría de la apariencia*”, aquellas cosas que aparentemente son buenas, se ven correctas pero que, seguramente están equivocadas; es lo que crea los *vicios ocultos*. Los errores comunes son las fallas que por ejemplo comete el Interventor en la interpretación de una cláusula. Es un desarrollo del principio de la buena fe.
 - 4.1.4 El abuso del derecho. Se da por dos circunstancias: por interpretación errónea o por fraude a la ley. Por ejemplo cuando aprovecha la coyuntura de una construcción para adicionar otra obra también en beneficio de la comunidad. El abuso del derecho no es grave, es atenuante. Es aquí en donde se observa que hay que hacer las Actas modificatorias o actas de reconocimiento.
- 4.2 *De todo contrato*. Todo contrato tiene dos principios: el de la autonomía de la voluntad de la partes que es actualmente el perfil de la Ley 80/93, salvo la limitación de las cláusulas exorbitantes, la autonomía de la voluntad de las partes y la consensualidad.
- 4.2.1 Autonomía de la voluntad. Se fundamenta en tres aspectos: En la libertad contractual; el efecto relativo a las partes (que el contrato no puede hacerse sino entre dos personas) y solamente obliga a ellos a Contratista y a Contratante es el Efecto; la intangibilidad. El contrato es intangible, no se puede tocar, el contrato es producto de dos personas es entonces ellas las que lo pueden modificar, salvo que se deba a poderes excepcionales. Por eso es que siempre debe primar en desarrollo del principio de la intangibilidad, el mutuo acuerdo. La libertad contractual se manifiesta de tres maneras: Celebra o no celebra el contrato es libertad de la parte. Lo celebra con esa persona o no lo celebra, es también libertad de la parte. La libertad también se da de la redacción de las cláusulas, es la libertad que se tiene de darle una redacción o contenido al texto. Es la libertad contractual.

La autonomía de la voluntad de las partes en derecho tiene tres manifestaciones : La libertad contractual. Hay libertad contractual cuando se tienen la oportunidad de escoger al contratista. Claro que en derecho público no se tiene plena libertad de escoger al contratista, porque muchas veces la selección es reglada, se debe acudir a las licitaciones. O sea que la autonomía de la voluntad de las partes en el sector público, no es total. Libertad contractual, la libertad que se tiene, la liberalidad o autodeterminación que se tiene de celebrar el contrato con otra persona o no celebrarlo. De darle o no darle contenido a las cláusulas. El efecto relativo hace relación a que solamente el contrato compromete a solo dos personas. La intangibilidad hace relación al artículo 1602 C.C. “el contrato es una ley para las partes” y solo las partes que lo crearon y formalizaron, lo pueden modificar, salvo que se den los poderes excepcionales que son la excepción a la regla general.

4.2.3 Consensualidad. Viene de consenso. En el acuerdo la consensualidad tiene una manifestación: *la firma*. Si esta de acuerdo, lo firma.

5- PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Como el contrato estatal es un contrato público, no es un contrato privado donde tiene más injerencia la rama ejecutiva, sin desconocer que la rama legislativa contrata, entonces se debe aplicar el Derecho Administrativo. Hay dos principios de Derecho Administrativo que son básicos el principio de Legalidad y el del interés general.

El Principio de Legalidad, se da cuando las actuaciones de los funcionarios se acomodan al derecho, es decir no se salían de la norma, se acomodaban a ella. La legalidad se da cuando en la actuación en materia de contratos se acomoda al ordenamiento jurídico; mientras los particulares pueden hacer todo lo que no esta prohibido por la ley, los funcionarios pueden hacer únicamente lo que esta permitido. Si se sale de sus funciones se esta violando el principio de la legalidad, por que no le está permitido salirse del marco de sus funciones. Es este el principio de legalidad.

El principio del interés general, es uno de los fundamentos del Derecho Administrativo. Los contratistas particulares saben que cuando contrata el Estado con ellos y hay contradicción en el desarrollo del contrato deben saber de antemano que debe primar el interés general sobre el interés particular o del contratista, salvo que se vulneren los derechos fundamentales de las personas.



FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Para entender el fraccionamiento hay que acudir inevitablemente a la expresión legal del Decreto 222/83 y a la interpretación del artículo 24 numeral 8° de la Ley 80/93 y de los principios de transparencia y de legalidad del Derecho Administrativo.

El tema del fraccionamiento esta referido al concepto de la unidad en materia de competencia; dicho de otra manera, siempre relacionaremos el fraccionamiento por el régimen de competencia en materia de contratos.

La Ley 80/93, no habló de la palabra fraccionamiento, solamente en la exposición de motivos de Bendeck Olivella, hablo del fraccionamiento. Entonces la pregunta: ¿Se aplica o no se aplica el fraccionamiento con fundamento en la Ley 80/93? R= Si se aplica, pero como interpretación de la Ley.

El fraccionamiento por el Decreto 222/83: decía que hay fraccionamiento cuando se contrata 1.) con el mismo objeto; (concepto que fue explicado no dentro del genero, sino dentro de la unidad de especie.) 2.) mismas partes, y 3.) mismo ciclo de tiempo. (El ciclo de tiempo era muy relativo; al nivel nacional, eran 6 meses, si se celebraban durante seis meses contratos con las mismas partes, con el mismo objeto, había fraccionamiento; el Distrito era más rígido, hablaba de tres meses)

Se hace la precisión en torno al Decreto 222/83. En la Sala de Consulta del Consejo de Estado se conceptúo que “no debe entenderse fraccionamiento dentro de la unidad de género, sino dentro de la unidad de especie” y se dio ejemplos como este: “el genero de obras es muy amplio, en puentes edificios, polideportivos, represas, si nosotros aplicamos rigurosamente el concepto de fraccionamiento que establece el 222/83, los contratistas de obras estarían perdidos, porque no podrían contratar tan fácilmente; o sea que hay que entender el mismo objeto dentro de la unidad de especie. Yo no podría participar en el mismo edificio, primero que me hicieran un contrato para el primer piso y luego para el segundo piso y luego para el tercer piso; o que me hicieran un contrato por que habría fraccionamiento. Pero, yo si puedo participar en la construcción de un edificio, en la construcción de un puente y en la construcción de un polideportivo y la construcción de una escuela porque se trata de obras de especie diferentes”. Así se entendía el razonamiento, no dentro de genero que es tan amplio, sino dentro de la unidad o identidad de especie.

Entonces hay fraccionamiento cuando hay identidad de especie, cuando se participa por ejemplo con tres contratos en la misma obra.

Hoy día, el fraccionamiento se da cuando por ejemplo se necesita construir una carretera por licitación y no se cumple con abrir la licitación y adjudica 4 contratos, se esta fraccionando el

contrato, se esta eludiendo un régimen de competencia que es la licitación, que es el que se impone siempre para los contratos de mayor cuantía.

Numeral primero artículo 24 de la Ley 80/93: Todos los contratos de mayor cuantía, deben adjudicarse por Licitación a excepción de ...

Entonces, en aplicación de la norma se aplica los procedimientos establecidos en la ley en materia de selección del contratista, complementándolo con el principio de transparencia que dice “Todo contrato de mayor cuantía se adjudica por licitación” menos los que allí mismo señala (Principio de transparencia).

Principio de legalidad: El funcionario no puede hacer sino aquello que la ley le permite.

La Sala de Consulta del Consejo de Estado ha dicho que para efecto de estudiar el fraccionamiento primero tenemos que montar un silogismo donde la premisa mayor es el análisis del universo de sus antecedentes de tiempo del contrato. Entonces cuando se va analizar si hubo fraccionamiento en el contrato busco todos los antecedentes que dieron origen a ese contrato: Plan de Desarrollo, si la obra se concibió por tramos; o por sectores, o por unidades de obra. Si se aplicara el concepto viejo del 222/83, que habla del mismo objeto, las mismas partes y el mismo ciclo de tiempo, con relación a la carretera alterna al Llano, hubiera habido fraccionamiento pero, como no se esta aplicando el concepto viejo del 222/83 sino el nuevo, porque en el Plan de Desarrollo previsto por INVIAS la obra de la carretera alterna al Llano no se concibió como una sola obra, sino como tres obras distintas; por unidades de obra, por sectores. El primer sector hasta Puente Quetame, el segundo sector de Puente Quetame al Alto de Chipaque y el tercer sector hasta la Sabana de Bogotá. Con recursos propios con estudios distintos; entonces hubo 20 o 30 contratos sin que hubiera fraccionamiento; porque analizamos que en el Plan de Desarrollo se concibió por tramos, no como una sola obra, dada la naturaleza de cada una de estas obras. Entonces se analiza también presupuesto, otro antecedente que hay que analizar. Cual fue el presupuesto que se asignó al contrato y cómo se asignaron esos recursos. En el caso de Villavicencio; le asignaron recursos independientes al primer tramo, en el presupuesto de INVIAS, le asignaron recursos al segundo tramo.

Hecho el análisis de los antecedentes, aplico el régimen de competencia: es cómo lo adjudico, de acuerdo a la cuantía (por licitación si es de mayor cuantía o en forma directa si es de menor). El régimen de competencia es la premisa menor.

Conclusión: Del Estudio hubo o no hubo fraccionamiento? Es una conclusión a la que se debe llegar luego de un ponderado estudio, analítico.

Con relación al Decreto 222/83, que se toma actualmente? - ¿Qué toma la Ley 80/93 del Decreto 222/82? = El mismo objeto (sí). Las mismas partes (no) – {concepto revaluado: Hoy día el fraccionamiento puede darse con distintas partes: supongamos en el caso de la carretera anterior, carretera de 200 kilómetros que debía adjudicarse por licitación, los primeros 50 km., adjudica a una firma, el segundo contrato a otra firma que apoya la campaña política el tercero a unos socios. Aquí esta fraccionando por que esta quebrando es la competencia, sin tener en cuenta las partes, esta eludiendo la licitación, así la adjudicación sea a distintas partes}. En cuanto al ciclo de tiempo, se ha tomado hoy día respecto al contrato así El Consejo de Estado ha dicho que los seis o los tres meses es una convención artificial, que el ciclo de tiempo tiene que ser más realista, entonces se ha tomado como ciclo: los contratos que se hagan dentro de la vigencia presupuestal <o sea de un año>; esto es doctrinario por que no hay ley ni jurisprudencia que diga que es un año.

En conclusión fraccionar es partir, es quebrar las reglas cuando imponen una cosa. El concepto de unidad de la licitación no se puede quebrar porque la Ley lo dice. Para hablar de fraccionamiento tengo que hablar dicho de otra manera, de Licitación. El fraccionamiento siempre estará relacionado con la licitación. Si no se hace la obra por licitación cuando así por la cuantía se requiere, esta fraccionando.

5. EL REGIMEN DE LAS NULIDADES CONTRACTUALES

Es un tema de resultado porque desde luego para entrar a calificar un acto de nulo, pues tiene que existir el acto. Teniendo el contrato, viene el acto administrativo separable.

La nulidad viene del latín nullius, que significa sanción; en efecto es una sanción porque es una descalificación que se hace en una actuación contractual por desconocimiento de la norma, calificación que puede dar resultados supremamente graves cuando la calificación es de fondo, es decir cuando ya hay que anular toda la actuación, muchas veces con carácter retroactivo; otras veces hacia delante. De tal manera que una descalificación de una actuación puede generar efectos nocivos de orden sustancial. Como también la descalificación no puede ser total y puede ser referirse a aspectos esencialmente accidentales. Es decir de la calificación de la actuación dependerá el resultado, si quebranta la exégesis de las causales determinantes de las nulidades absolutas, pues habrá una descalificación de plano en materia de contratos pero, puede afectar aspectos que son subsanables para las partes y será una nulidad relativa. O de pronto, solamente un aspecto insular de las cláusulas que no afecta todo el contenido, que es lo que se denomina la nulidad parcial o de pronto, habrá que hacer efectivo la calificación de un juez que es lo que corresponde a las famosas nulidades virtuales.

Las nulidades es un sistema de definición que se en ruta hacia el respeto de la constitucionalidad, al respeto de la legalidad y particularmente se centra en el Estado de Derecho.

CLASES DE NULIDAD QUE PUEDEN PREDICARSE EN MATERIA DE CONTRATOS.

En materia de contratos las nulidades pueden ofrecer cuatro modalidades que son:

- Las Absolutas, que son las de fondo.
- Las relativas, que son las de carácter normal.
- Las parciales que son las de posición insular.
- Las virtuales. Que son las de incumplimiento.

Nulidades Absolutas: De fondo o esenciales, son las que descalifican de manera definitiva una actuación, por desconocimiento directo de la norma; quiere decir esto que las nulidades al igual que las inhabilidades no las podemos inventar. Las nulidades Absolutas son de carácter previsorio, son nulidades anunciadas, que constituyen un numero cerrado, no podemos ir mas allá de lo definido por el legislador, ni podemos interpretarlas por analogía ni por extensión y están señaladas en el artículo 44 de la Ley 80/93.

El artículo 44 de la Ley 80/93, en el epígrafe, preámbulo de la norma, hace referencia ya a una nulidad absoluta dice: “..**De las causales de nulidad absoluta**. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos *en el derecho común* y además cuando: ...” Ya esta anunciando la primera causal, cuando debió colocarla de “primero” así (1º - En los casos previstos en el derecho común.)Y luego los demás casos.

Entonces la primera nulidad absoluta es la que tiene que ver con las nulidades previstas en el derecho común (El vicio en el consentimiento; el objeto ilícito; la causa ilícita; la falta de voluntad; el incumplimiento de las formalidades legales). En materia de derecho Comercial, por ejemplo las constituciones de sociedades cuando hay aporte de inmuebles, la falta de elevarla a escritura pública sería una nulidad por falta de formalidad legal).

La segunda Causal: Cuando se celebren con personas que estén incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad. Cuando hablemos de inhabilidades e incompatibilidades, no debemos limitarnos a las previstas en el marco de la Ley 80/93, tenemos que hacer mención a las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional; de pronto hay unas inhabilidades que se establecen en la Ley 1346 de 1994, cuando se habla de los Concejos municipales, cuando se habla del Alcalde, que tiene que ver con los contratos, se debe citar pero haciendo siempre prelación a la norma constitucional y ahí si tomar las específicas que establece el artículo 8º y 9º de la Ley 80/93.

La tercera causal: Cuando se celebran contra expresa prohibición constitucional y/o legal. Todos los caminos de conducen hacia esta causal, porque si se viola la Ley el patrón de los derechos comunes que es la ley. El régimen de las inhabilidades esta previsto por la ley, pues hay desconocimiento de la ley. Si el legislador quisiera tener capacidad de síntesis, las nulidades absolutas se remitirían a esta tercera: el desconocimiento de la ley. Si se quisiera hacer énfasis a esta causal de nulidad, solamente nos remitiríamos a la flagrancia, es decir, cuando una norma o cuando una actuación subvierten forma manifiesta y directa la norma superior, la quebranta. Se habla que

hoy día todos los contratos de mayor cuantía deben adjudicarse por licitación y si lo hicieron en forma directa, pues ahí hay nulidad porque se desconoció abiertamente la norma. Habla claramente la norma: todos los contratos de compra y venta de bienes inmuebles requiere la autorización del Concejo, de la Asambleas Departamentales, del Congreso Nacional, de las Juntas directivas y en un contrato se desconoce, hay una nulidad, es cuando hay choque directo contra la norma. Tal vez lo que quiso el legislador del 93, fue darle mucho énfasis, mucho respeto a la norma superior; para darle una mayor connotación al respeto por la normatividad.

En las causales de nulidad que se han analizado hasta ahora, recién expedida la Ley 80/93, se le había atribuido a los representantes legales facultades para decretar las nulidades. La Ley 446 de 1998, derogó el artículo 45 de la Ley 80/93, que permitía a los funcionarios anular los contratos cuando se violaba la ley o se observaba estar en una inhabilidad, convirtiéndose los funcionarios del ejecutivo en jueces. Con la derogatoria del artículo 45, hoy día, los jueces en 20 días si se tienen las pruebas decretan la nulidad; pero, esto no obsta para tomar una medida cautelar e inmediata, si se observa que hay una nulidad tan manifiesta, el funcionario o representante legal, debe ordenar la terminación el contrato, sin emplear para nada la palabra nulidad porque entraría entonces en exceso y abuso de autoridad.

La cuarta causal de nulidad. Cuando se celebre con abuso o desviación de poder. Esta es una causal que no existía en la Ley 80/93. Aquí lo que se hizo fue remitir como causal de nulidad de los actos administrativos al contrato. El contrato no es acto administrativo, es una institución muy independiente del acto administrativo. Tiene su propia estructura, sus propias normas. Hecha la aclaración, la desviación y abuso de poder, se llevo como causal de nulidad. Para los jueces administrativos, es la causal más difícil de apreciar porque la desviación es muy subjetiva. A veces el representante legal de la institución no deja huella y trata de disfrazar esa desviación de poder. Entonces esta requiere de un proceso común y corriente, más largo que los anteriores por que aquí si toca agotar la fase de la decantación probatoria: hasta donde el funcionario tuvo la intención de actuar de buena fe y hasta donde si se desvió de la norma.

La quinta causal de nulidad, cuando se declare nulos los actos administrativos en que se fundamento el contrato. Estas causales, están ahí. Para entender esta causal, hay que tener muy clara la teoría de los actos administrativos separables. Tenemos el contrato que es un acto jurídico, una institución independiente; en torno al contrato se expiden muchos actos: el acto de apertura por ejemplo; los Adendos; como también se expide la declaratoria de caducidad. Muchos actos administrativos. Aquí hay un acto que para efecto del contrato es un acto definitivo que es el acto de adjudicación de la licitación; ése es el acto definitivo, principal –acto principal (sustancial)- donde el contrato se convierte en un acto derivado, un acto accesorio del acto de adjudicación. En ése momento es más importante el acto de adjudicación que el contrato. El acto de adjudicación es el que crea el vínculo. Adjudicado un contrato mediante licitación y, notificado el acto administrativo que adjudica la licitación, es decir cuando adquiere todo el estatus de la naturaleza jurídica de acto ejecutoriado, surge desde ese momento mutuos, bilaterales, definitivos, recíprocos derechos y obligaciones que son ineludibles para las partes; hágase bien o mal el acto de adjudicación; comprometedores hasta el punto de que el que hizo la demanda que persigue que le den el contrato, no se lo van a dar, así tenga el la razón pues lo que pretenderá del contencioso es obtener una indemnización por el hecho de no haber salido favorecido, pero, cuando se anula el acto principal

ahí se cae el contrato automáticamente. Esta teoría se denomina “*teoría de los efectos accesorios*”. Teoría que no solamente se predica de este tema sino también de otros actos administrativos, en donde haya caído el acto principal (ordenanza o Acuerdo), se cae el decreto reglamentario u ordenanza. Es esto lo que configura la nulidad virtual, en donde anulado el acto principal, se anula el acto accesorio que es el contrato. La nulidad virtual es una nulidad de cumplimiento, una nulidad automática que no tiene que discutirse; virtual quiere decir de plano.

La sexta causal de nulidad: cuando se hubieren celebrado con desconocimiento de los tratados internacionales. Debió quedar incluido en la causal tercera o segunda. Los tratados, requieren ser ratificados por el Congreso y ratificados, se convierten en normas supranacionales. Si se desconoce un tratado, se desconoce la ley.

Nulidades Relativas: Son las nulidades accidentales, nulidades formales, las estrictamente livianas que si pueden ser subsanadas por las partes. Sin embargo las partes son tercas y no las subsanan y por eso la Ley 446 de 1998, creó el espacio supletorio de que en caso de que las partes no subsanen, subsane el juez. El artículo 136 del C.C.A. cuando se habla de los términos de caducidad de las acciones y cuando toca el tema de la contratación, para efecto de demandar las nulidades relativas cuando las partes no lo subsanan, las partes podrán hacerlo en los dos años, de aparecida la nulidad relativa. Dicho de otra manera, hoy las nulidades relativas tienen que subsanarse a las buenas o a las malas. Pero hay cierta contradicción, entre lo que es la el artículo 136 del C.C.A. y la Ley 80/93. Hay una aparente contradicción; dice, abre la posibilidad de cuestionar la nulidad relativa ante el juez, que para eso hay dos años pero, la ley 80/93 dice que si se deja pasar dos (2) años y no se ha subsanado la nulidad relativa, entonces se subsana automáticamente. Entonces para que acudir al juez. Entonces hay una contradicción aparente. No se acudiría al juez, si el tiempo subsana la nulidad relativa.

El mecanismo propicio, conducente para subsanar las nulidades relativas es el OTRO SI. Para ninguna otra cosa sirve el OTRO Si. Se viola la ley cuando se utiliza el otro sí, para asunto diferente al de subsanar las nulidades relativas.

Entonces para subsanar las nulidades relativas, tenemos tres formas de subsanarlas: 1. Por las mismas partes, con el Otro Sí. 2. Por el transcurso del tiempo. 3. Por la sentencia del juez.

Nulidades Parciales: La ley 80/93, entró en un exagerado casuismo, quiso penetrar más en las esferas de la minucia y creo la nulidad que no se le ve fondo, *la nulidad parcial*, tiene su fundamento en la cibernética, la computarización; etc. La nulidad parcial es aquella que se da cuando una cláusula desentona del resto del contenido del contrato y se da por fallas nuestras. Para corregir o subsanar la nulidad parcial, se soluciona a través del Representante Legal de la entidad, a través de un acto administrativo. Es el único caso en el que se le posibilita a la entidad pública para subsanar la nulidad parcial a través de un acto administrativo, suprimiendo las cláusulas o partes del texto que no tienen nada que ver con el contrato

Nulidades Virtual. Es la que resulta del cumplimiento de un fallo, donde la autoridad administrativa no tiene otra alternativa que darle cumplimiento a las sentencias en el término de

treinta (30) días, so pena de entran en desacato o en prevaricato. La nulidad virtual es la resultante del cumplimiento de un fallo.

EFFECTOS DE LAS NULIDADES.

1. Las nulidades absolutas están totalmente reservada al juez. Esto para hacer énfasis de que ya las autoridades administrativas, no pueden decretar nulo un acto administrativo o un contrato. Las nulidades absolutas están reservadas al juez y tienen un carácter definitivo, a veces retroactivo, dependiendo de las circunstancias.
2. Si el contrato no se ha ejecutado y aparece la nulidad, por ejemplo ya se adjudicó la licitación, simplemente desaparece la relación obligacional entre las partes, sin que se hagan efectivos los efectos prestacionales (como no se cumplió, no se hacen efectivos los efectos prestacionales).
3. Detectada o ubicada una nulidad absoluta por parte de la autoridad administrativa, esta debe ordenar inmediatamente su terminación y por ende su liquidación; si no lo hace, entraría incurso en “celebración indebida de contratos”. La autoridad administrativa, ordena la terminación del contrato y su liquidación y, en la parte motiva referirse a la aparición de una *presunta nulidad absoluta* (mientras el juez lo define). La autoridad administrativa, lo que no puede hacer es declarar la nulidad absoluta del contrato, sino ordenar su terminación en razón de aparecer, prima facie, una presunta nulidad absoluta.
4. Es de orden económico; estrictamente del orden financiero. Si el contratista actuó en forma temeraria, se debe hacer el reconocimiento económico de la relación contractual, reconociendo los costos de la inversión hechos por el contratista y teniendo en cuenta también el monto del beneficio obtenido por el Estado, independientemente de las acciones penales a que hubiere lugar.
5. Independientemente de la calificación y declaratoria de la nulidad que hace el juez y de la orden de liquidación que se da al contrato, vendrán las sanciones si el contratista cayo incurso en alguna inhabilidad; vendrán las sanciones por falsedad, sanciones penales; vendrán las sanciones para el funcionario que cohonesto la situación, en el orden disciplinario, e independientemente habrá sanciones de acuerdo al grado de intervención.
6. El último efecto jurídico, es el relativo al aviso inmediato que deben dar las autoridades a los organismos de control. Si se configuró una nulidad, la autoridad Administrativa, deben comunicar inmediatamente, primero a la Procuraduría, a la Contraloría; a la Fiscalía en el caso de que hubiere incurrido en falsedad y enviar toda la documentación necesaria a la Cámara de Comercio para efecto de la codificación de las inhabilidades.

6. REGIMEN DE LOS CONTROLES DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Los controles tienen que ver con el proceso de ejecución, para poder controlar algo, se requiere que exista. Los controles serán siempre de ejecución o de resultado. La misión de los controles en primer lugar, es hacer respetar el Estado de Derecho, es la misión básica; dicho de otra manera, que la Constitución y las leyes se cumpla en los contratos Estatales; es la misión primigenia de los controles. Ya funciones complementarias y funcionales de los controles tienen que ver con el erario público; que los dineros se inviertan bien; que los cometidos del Estado tengan una eficacia; que las actuaciones también se cumplan eficientemente de la mejor manera posible. Esa es la misión del control. También es misión del control crear un espacio para que todos los ciudadanos sea partícipes a través de sus Veedurías y puedan también subrayar y tildar aquellas actuaciones que no son convenientes para la sociedad. Es también dejar el espacio para que aquellos organismos corporativos ejerzan su misión política de control. De todo lo anterior, se establecen los siguientes controles:

1. El control estrictamente administrativo.
2. El control Disciplinario.
3. El control Jurisdiccional.
4. El control Fiscal.
5. El control Social.
6. El control Político.
7. El control de los medios de publicación.

1- El control estrictamente administrativo.

Si este control se ejerciera tal como lo prevé la norma, se evitaría los otros seis controles. El titular del control puramente administrativo, es el funcionario o Representante legal de la entidad contratante. El control puramente administrativo esta fundamentado en el artículo 4° numeral 4° y en el artículo 14 numeral 1° de la Ley 80 /93.

Se esta haciendo caso omiso a este control puramente administrativo, descuidando una misión que en primer orden le corresponde al gestor de la obra, al mentor de la obra que es el contratante público. Si las autoridades administrativas, tuvieran en cuenta este control, se evitarían los controles disciplinarios.

El artículo 4° numeral 4° de la Ley 80 /93. Señala: “**De los derechos y deberes de las entidades públicas.** Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: ... 4. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.”

Este es un punto que realmente lo descuidan los contratantes públicos.

El artículo 14 numeral 1° de la Ley 80 /93. Señala: “**De los medios que pueden realizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral segundo de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. ... ”

Si no se fiscaliza al instante el contrato, el contrato saldrá mal. Si se fiscaliza puede verificar que si se ejecuta el contrato adecuadamente o no; en este caso puede llegar hasta terminar unilateralmente el contrato. El incumplimiento al deber de fiscalizar el contrato, genera una responsabilidad. El funcionario debe

practicar las visitas y levantar las correspondientes actas. Este es el control más importante, porque nada mejor que el propio protagonista de la relación negocial que controle sus propias obras. Los otros controles llegan por quejas o denuncias.

2- El control Disciplinario.

Se enfoca ahora este control hacia la contratación estatal. El titular del control disciplinario es el Ministerio Público. El ministerio Público tiene dos funciones muy comprometedoras en la fiscalización y vigilancia de la conducta de los funcionarios que intervienen en el proceso de formación, celebración y ejecución del contrato. Uno de resultados y un control disciplinario preventivo, de reconvencción:

- 1- *El control disciplinario de resultados*, es el que se ventila o realiza a través del proceso tradicional previsto en la Ley 200/95, ley que plantea la posibilidad de iniciar un proceso disciplinario cuando hay una presunta formalización de una conducta disciplinaria, bien por el desconocimiento de los deberes, de los derechos o de las prohibiciones, que es lo que estructura la parte disciplinaria. Indudablemente que el sujeto pasivo siempre será el funcionario público. Entonces, viene la etapa preliminar que es de seis meses donde el investigador (el Ministerio Público o el Personero) adelanta todas las investigaciones a través de pruebas o bien recibiendo declaraciones voluntarias directamente del cuestionado (declaración libre y espontánea), practicando las inspecciones oculares, todos los medios de prueba que sean conducentes a fin de establecer si la denuncia, queja, anónimo o la información sobre la conducta denunciada se clarifique y pasada esa primera etapa, vendrá la apertura o el archivo de la investigación. Si se establece por indicio grave que si se cometió la falta, entonces se inicia la investigación con una resolución que nombra el investigador quien ordenará abrir los pliegos de cargos con base en las pruebas levantadas o con base en la configuración del indicio, fijando las normas violadas, para que el inculpado haga sus descargos, para lo cual tiene 10 días. Luego vendrá la práctica de las pruebas y luego la última etapa que es la calificación de la conducta, ya con los elementos de juicio probatorio puede llegar a la conclusión de si debe o no ser sancionado; si merece ser sancionado aplicar la dosimetría de la pena disciplinaria, teniendo en cuenta el grado de participación y los perjuicios y el desconocimiento y la violación de la norma. Vendrá entonces el llamado de atención; las multas; la suspensión o, la destitución que es considerada la falta gravísima, porque esta deja la secuela de inhabilidad por cinco (5) años y la imposibilidad de ejercer funciones públicas; además de los informes que se deben enviarse a los organismos de control para que quede dentro de los anaqueles de los inhabilitados en materia de contratos. La destitución genera una inhabilidad en materia de contratos.

2- *En carácter preventivo.* (Art. 63 de la Ley 80/93) Este control preventivo debe llevar una calificación “la visita anunciada”. Es un control que se ejerce durante la ejecución del contrato que es esencialmente oficioso, por iniciativa del Ministerio Público. Se practica visita a la entidad pública que se anunciará con suficiente anticipación, Se ejerce sobre el material humano diferente a los que intervienen o están comprometidos en el negocio jurídico; los convoca (Juntas de Acción Comunal; agremiaciones etc.) Se levanta un acta haciendo un estudio ponderado y evalúa esa acta, de ella vendrán luego las investigaciones. No intervienen el Contratista ni el Contratante. El procurador delegado examina el Acta y si ve que hay malversación de dineros públicos, oficia a la Contraloría para que haga una investigación de carácter fiscal porque ya hay una mala inversión que afecta el patrimonio público del Estado. Si al examinar el Acta, nota que algunos funcionarios, Interventores oficiosos, el mismo contratante público ha incurrido en alguna falta, le levanta el proceso disciplinario. Si observa que se ha cometido delito le oficia a la Fiscalía.

3- **El control Jurisdiccional.**

Se ejerce de dos maneras: El titular Contencioso Administrativo: que tiene una forma privativa del control de legalidad y constitucionalidad de todas las actuaciones contractuales y como si fuera poco el Contencioso también tiene el control de la indebida ejecución de los contratos que podrían ocasionar perjuicios a favor de uno y en contra de otro; circunstancia que se materializa a través de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A, que fue modificado por la Ley 446/98 y que creó una nueva forma de ejercicio de esta acción de controversias contractuales. Entonces, es el Contencioso quien debe decir las actuaciones ilegales que se hubieren cometido. Es el Contencioso quien debe decir si hubo o no perjuicios que merezcan una indemnización. Es quien debe decir de la validez o invalidez de los actos contractuales. Es el Contencioso Administrativo quien debe decir si hay o no nulidad en torno a una actuación contractual. Es el Contencioso Administrativo quien debe decir si se pueden hacer devoluciones o si hubieron contratos adicionales que originaron mayores costos y que naturalmente causaron un detrimento al Estado con perjuicios que naturalmente tienen que compensarse. Es decir el Contencioso Administrativo tiene la mayor parte de la injerencia en el control jurisdiccional. Ese control lo complementa la Justicia Penal Ordinaria, primero en la parte instructiva con las Fiscalías y la parte de la calificación con los jueces penales del Circuito, municipales; la Sala Penal de los Tribunales Y LA Sala Penal de Casación ya cuando los procesos son de mayor cuantía.

En cuanto al Contencioso Administrativo, se le ha obligado al cuestionamiento de las actuaciones contractuales, para esto, se tiene como fundamento central al Contrato como acto jurídico que de por sí ya es

cuestionable si se hizo mal, si no cumplió con los requisitos esenciales. Pero, es que el contrato no está solo en el proceso de la contratación, en la formación y desarrollo del contrato se expiden muchos actos, unos que son anteriores al contrato y que llamamos “*actos separables*”. Aquí es donde tiene aplicabilidad toda la clasificación de los actos administrativos. Hay otros actos posteriores que se expiden después del contrato, que son ya actos definitivos; unos están comprometidos con el contrato, otros están separados al contrato. Por ejemplo, los actos anteriores al contrato podrían ser los siguientes: El acto de apertura de la licitación; los Adendos; los avisos; el acto de adjudicación; el Acto que declara desierta la licitación, en fin todos los actos que se expiden antes del contrato. Estos actos anteriores al contrato que se llaman actos de trámite, que también pueden tener la calificación de actos preparatorios y también la calificación de actos separables, tienen un cuestionamiento muy distinto; la Ley 446/98 estableció que todos los actos anteriores al contrato se deben demandar, dependiendo el acto, con la Acción Simple de Nulidad y por la Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No se demanda por la acción de controversias contractuales porque todavía no hay contrato. Se ataca entonces es el acto administrativo, porque no hay contrato, se tiene que demandar por la acción que permite cuestionar los puros actos administrativos. La Ley determinó un término de treinta (30) días para iniciar la acción simple de nulidad o la Acción de nulidad y restablecimiento del derecho para cualquiera de estos actos. Se recordará que la Acción de nulidad, es una acción pública que puede iniciarse en cualquier tiempo pero, aquí en materia de contratos tiene un término de caducidad especial que son treinta (30) días, es una excepción a la posición de que una acción de nulidad nunca prescribe, no tiene término de caducidad; aquí hay una excepción como la excepción electoral que tienen veinte días, esta tiene treinta (30) días. Nótese también que en la acción de nulidad, se cuestiona todo lo que vaya en contravía a la Constitución y a la Ley o de una norma superior. Y que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se ubica para cuestionar el mismo acto por legalidad o por constitucionalidad pero, para reparar el perjuicio ocasionado por la expedición de ese mismo acto. Otra diferencia que se debe tener en cuenta es que en la Acción de nulidad, cuestionamos actos de carácter general, impersonal y objetivo; en cambio en la Acción de nulidad y restablecimiento del Derecho cuestionamos actos de carácter subjetivo, particular e individual que afecte y que cree una situación jurídica de derecho. Entonces lo que tenemos que analizar cual de estos actos anteriores al contrato crean una situación jurídica de derecho. No crean esa situación jurídica de derecho particular, la resolución de apertura, ni los avisos, ni los adendos. El acto de Adjudicación si crea situación de derecho en favor o en contra. Lo mismo que la declaratoria de desierta también, porque descalifica una actuación que perjudica una persona en el sentido no de declarar desierta la licitación, sino en el sentido de no adjudicarse, crea entonces una situación jurídica de derecho. Entonces la acción simple de nulidad procede en los tres

primeros casos, porque no crea una situación en derecho y en los dos últimos la demandaría por acción de nulidad y restablecimiento del derecho en un término de 30 días.

Si se deja pasar estos treinta (30) días y no se demanda el acto de adjudicación (que es el que perjudica) o el de declaración de desierto la licitación, que también podría causar perjuicios. Podría demandar después dentro de los dos años *pero en acción de controversias contractuales* pero, se le castiga en el resarcimiento, porque solo podría demandar nulidad absoluta. Se pierde la posibilidad de la indemnización o resarcimiento de los perjuicios personales, no puede pedir lucro cesante, daño emergente, utilidad dejada de percibir; solamente le quedaría el triunfo moral.

A partir del contrato mismo y de los actos posteriores al contrato, porque ya están relacionados, comprometidos, ligados por el contrato, se demandan a través de la *acción de controversias contractuales*. Después del contrato todo es *acción de controversias contractuales*.

La acción de controversias contractuales, que esta prevista en el artículo 87 del C.C.A. sufrió modificaciones también en el orden procedimental. Es una acción supremamente universal desde el punto de vista de las declaraciones, se puede pedir de todo y tiene una característica cualquiera de las dos partes que en la conformación de la relación jurídico procesal pueden tener la legitimación por activa y por pasiva, es decir puede ser demandante o puede ser demandada; el Estado puede ser demandante del contratista particular, cuando ha incumplido el contrato, le ha faltado al Estado como contratante, a su vez el Contratista puede ser demandante del Estado; es decir se puede invertir dependiendo de las pretensiones. Es una acción amplia porque se puede pedir de todo, por que puede pedir nulidad, invalidez, incumplimiento, puede pedir indemnizaciones, correcciones, cualquier tipo de declaración. A través de la *acción de controversias contractuales* que tiene un termino de caducidad de dos (2) años, puede cuestionar, controvertir el contrato mismo como acto jurídico y todos los actos que se dicten después del contrato estatal, como el acto administrativo que declara la caducidad; el acto de terminación unilateral del contrato; el acto de modificación unilateral del contrato; el acto de interpretación unilateral del contrato; el de liquidación unilateral del contrato; las multas. Todas estas actuaciones se demandan a través de la *acción de controversias contractuales* porque estos actos están estrechamente vinculados al contrato.

CONTROL JURISDICCIONAL PUNITIVO. Lo ejerce la justicia penal ordinaria. En el artículo 64 de la Ley 80/93, en lo que corresponde a la parte instructiva del proceso, misión que debe desplegar la Fiscalía General de la Nación. Al igual que la Procuraduría, la Fiscalía crea Unidades Especializadas para ejercer las investigaciones oficiosas en materia penal durante la ejecución del

contrato. Actualmente la Fiscalía, (por exceso de trabajo) esta llevando las investigaciones por queja, y no de oficio. La Fiscalía adelanta la parte instructiva de los procesos, para lograr establecer si hay indebida celebración de contratos y configurar entonces este delito con cualquiera de las conductas dolosas previstas en los artículos 144, 145 y 146 del C.P. y si en torno a el entra en concurso de delitos por cohecho, por prevaricato; concusión o peculado y en fin todos los delitos que se prevén para la administración pública.

4- El control Fiscal.

El titular del control Fiscal es la Contraloría en todos sus niveles: Nacional, Departamental, Municipal y Distrital.

La misión de este control es lograr la preservación del patrimonio público del Estado; evitar que se afecte, que se quebrante; por eso la misión directa de la Contraloría, en rigor, es controlar la ejecución presupuestal respecto de los recursos que se asignan para la ejecución contractual y por eso compromete mucho a quienes manejan los recursos del Estado, particularmente al ordenador del gasto y al ordenador del pago; aquí entran en juego los Tesoreros, los Pagadores, los Gerentes Financieros.

La Ley 80 de 1993, establece con base en el marco constitucional que la Contraloría deberá ejercer un control fiscal sobre los contratos dentro de la línea del control posterior, porque el control previo y el control perceptivo, lo asumen las oficinas de control interno (controles estos que dependen del mismo ordenador del gasto).

El control que ejerce la Contraloría, es el control posterior (que es selectivo) y que para efecto de contratos, se ejerce de cuatro (4) formas:

- 1- Al *perfeccionamiento del contrato*. Se ejerce una vez se firme el contrato en forma selectiva. Revisa todas las actuaciones ya surtidas en torno al contrato, emitiendo avisos de observaciones (en la Contraloría Distrital y en la Municipal) de forma o de fondo, que le impone al Representante legal subsanarla para evitar un juicio fiscal de cuentas.
- 2- *Control posterior a la ejecución del contrato*. También es selectivo. Exige la Contraloría que las cuentas se consoliden en forma diaria y luego una consolidación mensual en torno al contrato, entonces de pronto, la Contraloría envía un visitador al ordenador del pago (tesorero – pagador) para verificar los pagos del contrato efectuados con anterioridad, si fueron debidamente ordenados por el ordenador del gasto y si esos pagos se hicieron con cargo a las partidas presupuestales asignadas al contrato.

- 3- *El Control de Informes.* El Contralor puede pedir informes y visitas a los Secretarios (Obras públicas etc.), sobre los pagos, sobre las garantías constituidas, de ejecución presupuestal hasta ese momento, sobre la ejecución de las obras.
- 4- *El Control de Gestión, de Resultados o Financiero.* Este se hace ya después de terminado el contrato y para lo cual no tiene sino el término de dos (2) años a raíz de sentencia de la Corte Constitucional.

Este es el control de gestión ya universal de todo el contrato de todo su contexto. Control que se ejerce por una comisión interdisciplinaria de la Contraloría, lo estudia y rinde un informe de gestión de ése contrato. Aquí es donde el Contralor podrá decantar si hubo excesos, si la obra fue de calidad, si los precios que se pagaron para ese contrato correspondían o no a la realidad del mercado de la época y entonces, podrá así iniciar o no el proceso fiscal de cuentas.

5- El control Social.

Este control social tiene un asidero constitucional, primero en el artículo 88 de la Constitución Nacional, desarrollado por la Ley 478/98. Tiene fundamento en los artículos 103, 170 y el 369 de la Constitución Nacional.

El tema del Control social es resultante de la democracia participativa, tuvo su reglamentación ya en forma real en la primera parte del desarrollo de la Ley 472 de 1998, que reguló todo relativo a las acciones populares y de las acciones de grupo. Las acciones populares son medios procesales que tenemos nosotros, mecanismos para hacer valer los derechos cuando han sido vulnerados en forma colectiva, cuando nuestros derechos se amenazan o han tenido un agravio injustificado y además con el fin de restituir a su estado anterior cuando han sido violentados los bienes y, estas acciones de grupo también la pueden ejercer un numero plural de personas que tengan unas ciertas condiciones uniformes y que en torno a esas condiciones hubiesen sufrido perjuicios de carácter colectivo. Esto de los intereses colectivos, los señala la ley: El goce a tener un ambiente sano, la moralidad administrativa (entraría aquí la parte de la contratación); la existencia del equilibrio ecológico; el goce del espacio público; la defensa de los bienes de uso público; la defensa del patrimonio público del Estado (aquí entra la contratación); la defensa cultural de las naciones; la seguridad pública; el acceso a la infraestructura de los servicios públicos; la libre competencia económica; la

organización de construcciones, los derechos de los consumidores. Y ahí, se establece esta forma de procedimiento, como debemos actuar, dentro de que terminos. La acción popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza. Cuando dicha acción esta dirigida a volver a su estado anterior, se tiene un término de cinco (5) años; señala quienes tienen legitimación para demandar (cualquier persona natural; las organizaciones cívicas y gubernamentales) a quienes se dirige (al Estado y a los particulares). Quienes son competentes (el Contencioso si vulnera derechos públicos, servicios públicos). Señala los requisitos de la demanda, los procedimientos hasta el fallo; los recursos de que dispone y los incentivos.

Los incentivos que pueden surgir de una acción popular o de una acción de grupo, el demandante tendrá derecho a recibir un incentivo el cual podrá ser entre 10 y 150 salarios mínimos legales mensuales. O sea, que hoy día se recompensa a los ciudadanos que pongan denuncias. Cuando el actor sea una entidad pública, no se le dará dinero al funcionario, sino que se crea un fondo que se llama el “Fondo de los intereses colectivos”. Otro incentivo en las acciones populares que se generan en el derecho colectivo, al demandar, el demandante tendrá derecho a recibir el 15% del valor que recupere la entidad pública. Cuando se trate de sobre costos de obras y de irregularidades provenientes de la contratación responderán patrimonialmente el Representante legal del organismo o el Contratante y el Contratista, en forma solidaria con quienes concurren.

6- El control Político.

Por soberanía, por mandato constitucional es un control que tienen las Corporaciones públicas. Es un control independiente que tiene como misión la fiscalización de las actividades públicas a través de ciertos medios, o mecanismos que hacen practico este sistema de vigilancia sobre las autoridades públicas. Tanto la Cámara como el Senado tienen la misión de fiscalizar. Particularmente, la Cámara acusa ante el Senado a muchos funcionarios y particularmente a los organismos de la Rama Jurisdiccional para elevar o estructurar el proceso disciplinario. Ellos tienen poder disciplinario sobre los organismos jurisdiccionales y en materia de contratación, el Congreso, las Asambleas

Departamentales, los Concejos Municipales pueden exigir informes de los funcionarios ejecutores de los contratos sobre el alcance y resultados en cuanto a la ejecución presupuestal se refiere; en cuanto a la calidad de las obras. Pueden nombrar de su seno Comisiones, para que ellos hagan visitas a las distintas obras que se vienen ejecutando y a la vez presenten un informe a las plenarios para decantarlo. El tercer mecanismo, fuera de los informes y de las visitas es hacer debates. Las Corporaciones públicas hacen debates a los funciones sobre las contrataciones mal ejecutadas o irregulares desde el punto de vista de la inversión; desde el punto de los resultados y tienen un mecanismo que es el mecanismo más duro de repudio, de tacha, que es el de la “moción de censura” que tiene el Congreso Nacional y las mociones de observaciones que tienen las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales. La “moción de censura”, no había prosperado por falta de consenso en las Corporaciones. Pero, a nivel de los Concejos Municipales, ha operado mucho, a nivel de “moción de observaciones”. Estas mociones tienen un efecto muy grande porque, además de declarar “persona no grata” le esta manifestando al Gobernador, o al Presidente, al Alcalde, que despida a ése funcionario porque no le esta haciendo ningún bien a la Administración; es uno de los mecanismos más drásticos que tienen las Corporaciones para subrayar o hacer ver, la mala actuación de los funcionarios. Razón por la que este mecanismo es muy difícil de adoptar, porque exige de la mayoría calificada (las $\frac{2}{3}$ partes) que en política es muy difícil de lograr; pero, cuando hay un consenso generalizado en torno a la corrupción de funcionarios, aquí no operan los criterios políticos; siendo por consiguiente más fácil tener esa posición en el Concejo municipal que a nivel del Congreso.

7- **El control de los medios de Información.**

En desarrollo del artículo 23 de la Constitución Nacional, los profesionales del periodismo tienen acceso a la información y por lo tanto deben de canalizar su trabajo profesional, pidiendo documentos para decantarlos y establecer juicios cuando existen anomalías. Gracias a las investigaciones periodísticas que hacen los medios, especialmente los importantes, se ha logrado establecer si están profesionalizando este medio y en desarrollo de esto, importantes periódicos han creado unidades investigativas, no solamente a través de los medios escritos sino de los medios de comunicación oral y por las informaciones que reciben, muchas veces a través de anónimos, corroboran enviando un investigador y a través de esas unidades investigativas aplicando todas las técnicas probatorias desarrollan los medios de empleo y, formando una especie de expediente, que cuando tienen un serio indicio publican.

El problema de los medios de publicación o de información, es que a veces abusan de la posición de libertad que tienen, de la libertad de prensa. Pero si ejerce profesional y éticamente, toman el desarrollo de una queja logran buenos resultados, como en las investigaciones grandes que en materia de contratos realizaron en el caso de Dragacol, el caso de Foncolpuertos; el caso de Chambacú que dieron buenos resultados porque se ejerció profesionalmente.

Entonces, existiendo todos estos mecanismos de control (7 mecanismos de control) se cometen tantos errores, puede ser debido esto a que también a los mecanismo de control llega también la corrupción.

7. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS

Este tema es el resultante del principio constitucional de economía, realmente ha sido uno de los puntos de la contratación que mayor éxito ha tenido de acuerdo a la evaluación y a las estadísticas de los organismos de control. Este tema es de una importancia enorme porque disipa cuestionamientos que a través de los controles ordinarios, como el control jurisdiccional, implicaría un desgaste no solo desde el punto de vista procesal, sino desde el punto de vista del tiempo. Es por esta circunstancia que vale la pena que seamos voceros activos en la aplicación práctica de los mecanismos como los vamos a tratar de presentar. Con estos mecanismos se ha despejado incertidumbres de aquellos procesos que son tan interminables y que no se sabe como terminan; son las partes quienes asumen el protagonismo de la solución de estos conflictos a través de un tercero pero, girando en torno al concepto de la autocomposición de los problemas que surgen en materia de contratos. Para llegar a utilizar estos mecanismos es porque existe un problema supremamente grave; es porque ya hay un extremo de dificultad; es lo genera la presencia de profesionales y organismos institucionales especializados que remedian problemas y dificultades que se presentan ya con cierta magnitud con cierta profundidad, no fácil de solucionar a través de la contratación. Además esta es una formulación al desarrollo de lo que se llama la justicia privada. El artículo 116 de la Constitución Nacional, prevé quienes administran justicia y habla de la justicia institucional, representada por las Cortes, representada por los jueces y habla en el tercer inciso de la justicia privada. Como los particulares eventualmente podrían ser jueces y asumir la posición, el estatus, de solucionadores de los problemas, con la relevancia que sus decisiones pueden tomar el mismo carácter que las sentencias de los jueces jurisdiccionales, haciendo el tránsito de cosa juzgada y, a través del desarrollo constitucional encontramos mecanismos como la “Conciliación”, como la “transacción” opacada por la anterior figura; como la “cláusula compromisoria”; como el “compromiso” como figura sustituta de la “cláusula compromisoria” y como el “Arbitramento técnico” mecanismos estos alternativos de solución de conflictos que se aplican en materia contractual.

- A. **La Conciliación.** Es el tema dominante de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Aspectos generales de la Conciliación: Mientras suceden todos estos temas que nos aquejan, y son tan de la coyuntura y el comentario diario (crisis social y económica), aparecen mecanismos que no son la panacea pero, solamente para tocar el área jurídica no más, mecanismos que no son la profilaxis absoluta para arreglar problemas jurídicos, pero que indudablemente pueden acortar términos. Constituyen uno de los instrumentos más idóneos, más adecuados para solucionar los problemas particularmente del tema que estamos tratando que es la contratación.

Si vemos el diccionario de la Academia de la Lengua, no señala que la palabra Conciliación significa juntar, significa reunir lo que antes estaba separado; eso es conciliar. Si tomamos etimológicamente la palabra conciliar significa Conciliabus, reunión de varias personas que se agrupan para analizar los problemas y darles solución. Son muchas las definiciones que se dan a la palabra conciliación pero, de las que realmente vale la pena tener en cuenta, la que prevé el mismo artículo 64 de la Ley 446 de 1998 que reformó la Ley 23 de 1991, donde se define la conciliación como un mecanismo que adopta dos personas que están en conflicto para solucionar sus problemas a través de una tercera persona que se llama conciliador en una formalización de autocomposición. Son muchas las definiciones pero que si ya llevamos esto a los jueces, ya no sería autocomposición sino heterocomposición. El instituto de la conciliación no es nuevo; es una figura que aparece hasta en la Biblia. El Código Español de 1812, lo adoptó como un mecanismo obligatorio previo y forzoso para poder acudir luego a los jueces. El Código Ginebrino también lo adopta como un mecanismo previo. En la estructura de la conciliación, se dan aspectos de orden psicológico, hasta de orden médico; de orden religioso.

Ya concretándonos al derecho positivo colombiano, La Conciliación como institución del derecho tiene su asidero, su marco jurídico en el artículo 116 de la Constitución Nacional. Ese artículo tuvo su desarrollo en la Ley 23 de 1991, a su vez esta norma fue reglamentada por el Decreto 2651 de 1991, esta norma tuvo un carácter transitorio. A su vez estas normas fueron desarrolladas por el Decreto 171 de 1993 que estableció todo lo relativo a la «*conciliación judicial*». Desarrollada por el Decreto 173/93, que hablo de la «*conciliación prejudicial*». La Ley 446 de 1998, codificada por el Decreto 1818 de 1998 el Decreto 2511 de 1998. Estas normas (*las subrayadas*) derogaron todas las anteriores y modificaron la Ley 23 de 1991 convirtiendo a esta ley en una colcha de retazos, en donde encontramos artículos de esa ley como citándose como por ejemplo 65 A, 65 B, 65 C. Cuando debió aprovecharse la coyuntura para expedir un Estatuto o una Ley estatutaria o norma básica de la Conciliación, derogando la Ley 23/91 y hacerse una nueva ley.

Clases de Conciliación en el Derecho Administrativo. Existen dos tipos de conciliación la *Conciliación Prejudicial* o administrativa y la *Conciliación procesal* o *Judicial*.

Que es necesario para poder aplicar los dos tipos de conciliación?: R= Alguien decía que el asunto sea conciliable; pero qué es conciliable? = Lo que puede arreglarse. No puede arreglarse por ejemplo los aspectos científicos, los axiomas que son verdades reales, que son incuestionables desde el punto de vista de su definición. Hay aspectos que nunca podrán ser objeto de conciliación; por ejemplo se sustraen a cualquier arreglo por vía de conciliación los temas constitucionales y los temas legales; no se puede conciliar un delito por ejemplo. No se puede conciliar un tema relativo a la constitución, a la legalidad; es decir para convertirlo en ilegal de la noche a la mañana; o convertible por arreglo entre los dos, en inconstitucional, eso sería atentar contra el ordenamiento jurídico; ir en contra vía del derecho. No se puede conciliar los aspectos de carácter general. No sería motivo de conciliación los aspectos electorales: Si el pueblo decidió que A fuera el Alcalde o Gobernador, pues no se podrá conciliar para que no sea así; eso sería aberrante, ir contra el mandamiento soberano del pueblo. No es conciliable también las cartas de naturaleza, que nacionaliza nuestra ... porque es también manifestación de la soberanía del Estado Colombiano. No es conciliable tampoco, ni podrá ser conciliable los temas de carácter tributario; haciendo precisión de que en materia tributaria, los únicos que pueden crear impuestos en este país, son los organismos corporativos: el Congreso, Las Asambleas y los Concejos, y estos últimos bajo ciertos parámetros legales porque tampoco tienen su apertura erga omnes para crear impuestos, aquellos que la ley le autorice crear; pero cuando estos organismos corporativos crean impuestos ellos no pueden conciliar, pueden exonerar que es distinto. La exención de impuestos es transitoria. No hay que confundir la exoneración y la excepción tributaria con la conciliación tributaria que no puede darse de ninguna manera. A contrario sensu, qué se puede conciliar? = Se puede conciliar los aspectos de carácter individual; las diferencias entre las personas, las diferencias entre los particulares. Esto puede ser motivo para determinar una conciliación. Los aspectos de orden económico o patrimonial. Son las que más se concilian. Toda la temática o materia económica, financiera. Los aspectos de carácter particular y los aspectos de carácter patrimonial que no estén dentro del marco de las excepciones.

La conciliación prejudicial, se orienta siempre por petición de parte; es decir, nunca habrá conciliación oficiosa en la etapa prejudicial, se requerirá siempre la petición de una parte o de las dos partes, pero nunca podrá tomar la iniciativa el gobierno o las instituciones públicas. La conciliación prejudicial es eminentemente voluntaria, solo la pueden provocar las personas que están en conflicto. Como se llega a la conciliación prejudicial?.- La conciliación prejudicial tiene tres (3) formas: 1ª. La conciliación Institucional. 2ª. La administrativa y 3ª la conciliación en equidad.

1ª. La conciliación Institucional. Es la que define el Ministerio de la Justicia y el Derecho, previo un trámite y procedimiento, previo el cumplimiento de una reglamentación; corresponde esta a los denominados Centros de Conciliación de carácter particular que ha reconocido el Ministerio de Justicia y el Derecho a través de una dirección que se llama la “Dirección de Conciliación y prevención”. Para aspirar a tener este estatus de Centro de Conciliación institucional, tiene que cumplir con unos requisitos; contar entre otras cosas con una infraestructura (salones de audiencias, archivo, biblioteca etc.), tener profesionales capacitados que es lo que más se requiere en los centros de conciliación.

Pueden aspirar a ser conciliadores institucionales, las Universidades, particularmente las facultades de Derecho, que están estructuradas con los Consultorios Jurídicos; las facultades de Ciencias humanísticas; las instituciones de utilidad común como la Cámara de Comercio, requieren todas de la personería jurídica del Ministerio de la Justicia y el Derecho.

2ª. La conciliación administrativa. Es la que realizan los funcionarios que han recibido por su posición legal la condición de conciliadores oficiales por la vía administrativa. Esta conciliación administrativa, la representan actualmente los Procuradores Delegados. Dicho de otra manera, el Ministerio Público representado por los Procuradores Delegados destacados ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos.

3ª. La conciliación en equidad: Es una conciliación que hasta ahora esta en proceso de formación más teórica que práctica. Para ser conciliador en equidad no se requiere tener condiciones técnico – jurídicas especializadas, porque ellos fallan en conciencia no en derecho. Una de las formas de desarrollar esta conciliación en equidad en Colombia, solamente estaba proyectada por los jueces de paz; es el único tema que ha sido reglamentado con un tinte eminentemente político, pero es de las conciliaciones que podrían dar resultados.

LOS PROCEDIEMIENTOS PARA LA CONCILIACION PREJUDICIAL.

La Ley 446 de 1998, a su lectura señala un procedimiento, del que se deduce que hay que agotar siete (7) etapas; cinco (5) de las cuales que podrían ser obligatorias y la sexta (6ª) que es desarrollo de las anteriores; así:

- 1- La petición:** Guardadas las proporciones debe de redactarse en lo posible con la técnica de una demanda (la solicitud o petición concreta; los hechos; la

fundamentación en derecho, la solicitud de pruebas). La petición se puede hacer en forma individual, pero puede ser en conjunto por ambas partes.

- 2- **La Admisión** de la petición, que se hace previo estudio por parte del conciliador institucional o del conciliador administrativo (que en este caso sería el Ministerio Público). Analiza si la petición estaba bien hecha, si anexaron las pruebas; y si la encuentra procedente, cita para la tercera etapa.
- 3- **La Audiencia**, a la que se debe citar a más tardar a los veinte (20) días siguientes a partir de la presentación de la petición. En la norma anterior era de 30 días y otra diferencia con respecto de la anterior norma es que si se encontraban fallas en la petición, se devolvía para subsanar en el término de 5 días; ahora no se devuelve, sino que se le informa cuales son las fallas, requiriendo al peticionario para que las subsane en el término máximo a la fecha de la audiencia. Llegado el día y la hora de la audiencia lo primero que hace el Ministerio Público es hacerles a las partes un proceso de inducción, señalándoles la connotación que tiene la conciliación y luego de que les narra las ventajas de conciliar y las desventajas si no se concilia, le da la palabra a cada una de las partes y luego si ve que el proceso se trata de entabrar o dificultar, tendrá el conciliador sus formulas conciliatorias. En la audiencia puede decretar la práctica de pruebas. Se pretende que todo lo anterior se haga en el término de sesenta (60) días que es más o menos el término de caducidad que se prevé para el proceso conciliatorio.
- 4- **Las Pruebas**. Que se decreten se practican dentro del término de los sesenta (60) días previsto como de duración de la etapa conciliatoria.
- 5- **El cierre**. El cierre puede terminar con tres (3) posturas: 1. Arreglo total. 2. Arreglo parcial. 3. No arreglo. De la audiencia, se levanta un acta en donde se consigna los motivos o puntos del conflicto, las formulas que se emplearon para el arreglo . Se hace un resumen de la intervención de cada una de las partes. Si hay que acotar observaciones, se anotan; y se firma.

Hasta aquí van aparejadas tanto la conciliación que se adelanta por los Centros de Conciliación particular como las que adelanta los Procuradores Delegados en lo que se llama los conciliadores administrativos. De aquí en adelante, pueden pasar muchas cosas, que fue lo que paso con el caso de “Dragacol”. Si en uno de estos centros de Consultorios Jurídicos de Universidad, se adelantó una conciliación y levantó el acta, puede suceder lo siguiente: Pudo haber pedido presencia de la Cámara de Comercio; pudo haber pedido presencia del Ministerio Público y el Ministerio Publico pudo haber ido; entonces aquí puede suceder lo siguiente: Si el Acta que levanto el Centro de Conciliación particular es avalada o el Ministerio Público le pone el visto bueno, convalida, o aprueba, hasta ahí hace tránsito a cosa juzgada y ahí termina la conciliación del Centro de Conciliación particular, que fue lo que pasó con Dragacol

(La Cámara de Comercio adelanto la conciliación entre Dragacol y el Ministerio de Transporte, con la presencia de un delegado del Procurador Delegado ante Consejo de Estado y Dragacol y, el le puso el visto bueno y hasta ahí llevo.) pero, puede suceder lo siguiente: Que el Ministerio Público no asista, caso en el cual entonces la Cámara de Comercio tiene que enviarle el Acta al día siguiente al Ministerio Público, para que le ponga el visto bueno o la avale; si no la avala, va a homologación al Tribunal (va a la 6ª etapa –Aprobación y recursos-). Esta anterior es la conciliación que adelantan los Centros de Conciliación. Las Actas que levantan tienen que estar avaladas por el Ministerio Público. El Ministerio Público es como el Coordinador, como el moderador, como el Gerente de la Conciliación Prejudicial y por consiguiente es el orientador, el que dirige la conciliación prejudicial; en cierta forma los Centros de Conciliación particular son como inferiores, son subalternos en cierta forma del Ministerio Público. Pero, si el Ministerio Público no le pone el visto bueno o no están de acuerdo, tienen que ir a aprobación del Tribunal Contencioso Administrativo o del Consejo de Estado, dependiendo de la cuantía, a homologación {aprobación}.

En cambio, las conciliaciones que adelanta directamente el Ministerio Público, si obligatoriamente tienen que ir a la sexta y posiblemente a la séptima etapa.

No se guardo una unidad de criterio frente a estos procedimientos y en cierta forma colocaron en capitis diminutio al Ministerio Público; como que no le dieron toda la credibilidad posible, puesto que debían estar todos en las mismas condiciones y no colocar a los Centros de Conciliación particular en condiciones de favorecimiento. El caso de Dragacol, llegó hasta la quinta etapa, porque el Ministerio Público le puso el visto bueno; por eso lo tienen cuestionado, a todos los tienen investigados. Ahora, y partir de lo de “Dragacol” los interesados en conciliación la están solicitando ante el Ministerio Público en razón de lo que se ha llamado el “síndrome de Dragacol”.

- 6- **Aprobación.** Una vez levantada el acta de conciliación se debe enviar a aprobación por parte del Ministerio Público, o cuando no la homologa por parte de los Centros de Conciliación deben enviarla al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para su aprobación.

En el Tribunal, se somete a un reparto. El Magistrado estudia el acta y verifica si se cumplieron los requisitos exigidos para la conciliación. Si se cumplieron, aprueba el acta y dicta un auto interlocutorio ordenando su aprobación, como si fuera una sentencia y, lo pone a consideración de los otros miembros de los otros miembros de la Sala a la que pasa para su aprobación por mayoría.

El Contencioso no aprueba un acta, de conciliación por tres circunstancias: 1. Cuando hay un vicio de nulidad. 2. Cuando no se practicaron las pruebas y aprobaron la conciliación no obstante haberlas solicitado; aprobarla sería en

contra vía del derecho. 3. Cuando hay una afectación notoria del patrimonio del Estado. (el arreglo, no fue normal que pudo haber peculado etc.). En estas tres circunstancias el Tribunal Contencioso no apruebe el acta.

- 7- **Recursos.** Como se aprueba con un auto interlocutorio que tiene la misma naturaleza de la sentencia, aquí hay un hecho nuevo, (con la norma anterior el auto interlocutorio que aprobaba o improbaba la conciliación, no admitía recursos) por lo que ahora admite los recursos, dependiendo la instancia de que se trate. Si es de única, habrá el de reposición y si es de segunda instancia, habrá el de Apelación. Tienen derecho a interponer recursos: El ministerio Público, en todos los casos, tanto en el que aprueba como en el que imprueba y las partes cuando les imprueba.

EFFECTOS JURIDICOS DERIVADOS DE LA CONCILIACION PREJUDICIAL.

1. Una vez aprobada el acta de conciliación, esta y el auto que la aprueba *presta mérito ejecutivo y hace tránsito de cosa juzgada.*
2. *Sanciones.* Uno de los éxitos que ha tenido la conciliación frente por ejemplo a la transacción, es que la conciliación, que es voluntariamente pedirla o solicitarla pero, aceptada es obligatoria de realizar la conciliación; dicho de otra manera, si se cita a una conciliación es obligatorio cumplirla, de lo contrario se imponen sanciones. Quien solicitó la conciliación, tendrá ánimo conciliatorio durante todo el proceso o si no lo sancionan.

La primera sanción se da cuando no asiste a la audiencia conciliatoria y no se justifica en debida forma la inasistencia; sanción equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales que, por la etapa prejudicial adelántese por los Centros de Conciliación particular o adelántese por el Ministerio Público, siempre impondrá la sanción el Ministerio Público. Esa sanción (de los 10 salarios mínimos legales mensuales) debe consignarlos a nombre del Consejo Superior de la Judicatura. También estos diez (10) salarios mínimos legales mensuales, se aplican cuando la parte no ofrece animo conciliatorio, o llega a entabrar la diligencia, o no propone formulas conciliadoras.

La segunda sanción cuando se establece la posibilidad de una segunda audiencia en la etapa prejudicial {se da la segunda audiencia cuando las partes lo soliciten, para ampliar el tiempo; o para proponer otra formula conciliatoria etc., entonces solicitan al conciliador institucional o al administrativo que de una segunda audiencia. O también la puede señalar el mismo conciliador cuando no asisten a la primera, o cuando no se han subsanado las fallas de la petición o simplemente porque considera que debe hacerse una segunda audiencia para encontrar mejores elementos de juicio}. Los que no asistan a

segunda audiencia, señala el artículo 78 de la Ley 446 de 1998, que agregó al 79 A de la Ley 23 de 1991, se establece una nueva sanción para el que no justifica la inasistencia, consistente en que su conducta podrá considerarse como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.

3. *La homologación.* La habrá siempre homologación en las conciliaciones prejudiciales cuando el Ministerio Público no da el visto bueno o no avala las conciliaciones adelantadas por los Centros de Conciliación particulares; Homologación que consiste en la aprobación que da el Tribunal como si fuera una sentencia a las conciliaciones adelantadas por los Centros de Conciliación particulares.
4. *Pago de intereses.* Todas las cantidades líquidas definidas en un proceso de conciliación a favor de una persona devengarán intereses comerciales, de acuerdo a una sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexecutable la Ley 446/98, en el sentido que establecía que a partir del segundo mes de aprobarse el acta, ganaban intereses corrientes y a partir del séptimo mes devengaban intereses de mora. Esto quedó derogado y ahora se ganan intereses de mora a partir del segundo mes de haberse aprobada el acta.

También se castiga la falta de acción de los favorecidos con una conciliación. Se castiga a los que salieron favorecidos en una audiencia de conciliación y que no hagan las peticiones de cobro de forma inmediata. Si pasado seis (6) meses, la persona favorecida con una conciliación no reclama pierde la oportunidad de los intereses de mora

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES.

El artículo 4º del Decreto 2511 de 1998 determina que en el proceso de conciliación, se pueden aplicar los mismos incidentes procesales de los impedimentos y recusaciones que se dan por la civil ordinaria, es decir, que si el conciliador, sea del Ministerio Público, o sea la Directora del Centro de Conciliación particular, tenga relación de amistad, enemistad, familiaridad o concurren cualquiera de las causales de impedimento y recusación que establece el Código Procesal Civil en el artículo 150, se debe declarar impedido so pena de que lo recusen. Se aplican los mismos incidentes de impedimento y recusaciones que con relación a los jueces en materia procesal, establece el artículo 150 del C. de P.C.

La Conciliación Judicial. Por su nombre, es la que adelantan los jueces directamente. En esto de la conciliación judicial, la Ley 446 de 1998 hizo notorios cambios frente a la vieja disposición particularmente la del 171 de 1993, además por

que el Decreto 171/93 lo había tomado con un carácter transitorio. Se debe advertir que fue uno de los mejores adelantos que en lo que a reformas se refiere porque el decreto 171/93 que regulaba toda la parte sustancial y procedimental de la Conciliación judicial, establecía dos (2) procedimientos, uno para el juicio ordinario y otro para los juicios especiales. Era muy confuso aplicar la conciliación judicial porque el conciliador por la vía ordinaria, seguía siendo el Ministerio Público; era un error porque creó cierto resentimiento o celo con los jueces. Por eso se volvió a recobrar de que el juez ejerciera toda su posición de dirección de los procesos y que no fuera el Ministerio Público, además en los juicios especiales se ventilaba la conciliación de una manera totalmente diferente, en gracia de discusión, con una mediana visión de lo que era la conciliación antes de la reforma, la conciliación por vía ordinaria se daba después del auto admisorio de la demanda; el conciliador se notificaba la demanda y acto seguido se le ordenaba al Ministerio Público que adelantase la conciliación. En los juicios especiales en materia de contratos, en materia de responsabilidad civil extracontractual se ventilaba la conciliación luego de la etapa probatoria y ahí si era el juez. Se establecían paralelamente dos procesos totalmente distintos; ahora la ley unificó; primero determino que el único conciliador por la vía judicial era solamente el Magistrado, debía ser el Juez.

La conciliación judicial opera de dos maneras: primordialmente en forma oficiosa y excepcionalmente, por solicitud de las partes en cualquier estado del proceso. Cuando la ley dice que opera en forma oficiosa quiere decir que se ha institucionalizado una nueva etapa en el proceso contencioso que es la etapa de la conciliación. Si antes teníamos 4 etapas, ahora en los procesos contenciosos debe haber 5 etapas: 1ª. La etapa formativa, que tiene que ver con toda la fenomenología de la demanda, de su presentación, estudio, admisión de la demanda, notificación; fijación del negocio en lista; 2ª. La etapa probatoria, que dependiendo de los juicios tendrá un término especial. 3ª. La etapa de la conciliación aparece esta nueva etapa, que no existía antes. Es oficiosa y el juez la decanta ordinariamente. 4ª La etapa de los Alegatos y 5ª. La etapa de la Sentencia, con toda su fenomenología del proyecto, de registro de la decisión. Entonces lo que quiere decir que aparece una nueva etapa y que se le da mucho énfasis a la conciliación, lo cual indica que la conciliación es una etapa forzosa. Si el actuante no la ha solicitado antes, el juez vencida la etapa probatoria cita para audiencia de conciliación.

EL PROCESAMIENTO PARA LA CONCILIACION JUDICIAL.

1. La procedencia.
2. La audiencia.
3. La etapa probatoria
4. El cierre y aprobación
5. Los recursos.

1. **La procedencia.** La conciliación en la etapa judicial procede siempre y cuando no se haya producido sentencia, pero, si la adelantan los jueces esta

debe surtirse luego de transcurrida la etapa probatoria. Esto no quiere decir que las partes no puedan solicitar la conciliación en cualquier estado del proceso. Las partes la pueden solicitar voluntariamente si lo quieren; en eso se les da flexibilidad o cierta facilidad para que soliciten en cualquier instancia la conciliación. Lo importante es que no se haya proferido sentencia.

2. **La audiencia.** En cuanto a la celebración, una vez terminada la etapa probatoria el juez cita previamente a las partes, antes de correr el traslado para alegatos, a la audiencia de conciliación en una hora, lugar o sitio definido. No obstante se repite, las partes pueden solicitar la audiencia en cualquier momento del proceso. Estas audiencias se pueden hacer tanto en la primera como en la segunda instancia, si es que las partes la solicitan, porque como se sabe en el proceso ordinario no hay etapa probatoria en la segunda instancia, salvo que se den los casos del 214 del actual régimen; y si es un juicio electoral nunca habrá etapa probatoria en la segunda instancia.

La audiencia de conciliación se celebra en forma muy diferente a las que celebra el Centro de Conciliación particular. El Juez, es un poco mas vehemente, inquisitivo en el arreglo del conflicto, todo a raíz de la expedición de la ley estatutaria de la justicia (Ley 270 de 1995) que categorizó la evaluación técnica de los Magistrados, dándole parámetros muy definidos al Consejo de Estado en cuanto a las evaluaciones de los Magistrados se refiere y uno de los factores de ponderación que tiene en cuenta para evaluarlos es el relativo a la cantidad de audiencias que hubiera celebrado en el año inmediatamente anterior, estableciendo así si el juez es o no amigable componedor.

3. **La etapa probatoria.** De acuerdo con el artículo 76 de la Ley 446 de 1998, se da cuando hay que practicar pruebas como consecuencia de la celebración de la audiencia. Si hay que practicarlas para efecto de verificar algunos hechos esgrimidos por las partes, la ley señala 30 días. Se recordará que la ley define, da 60 días para que el negocio se defina en la etapa prejudicial y dentro de esos sesenta días hay que practicar las pruebas. En la etapa judicial, la ley da un término preclusivo máximo de 30 días para la practica de pruebas y aquí el juez, aplica las mismas técnicas que se aplican en los proceso ordinarios. El ministerio Público también puede pedir pruebas en esta etapa. El juez decretara las que sean necesarias y dentro de esos 30 días tendrá que analizarlas.
4. **El cierre y aprobación.** Una vez practicadas las pruebas, o sea transcurridos los 30 días, el juez debe cerrar la etapa de la conciliación. y como se dijo antes, la conciliación debe conducir a tres formas, o al arreglo total, al arreglo parcial o al no arreglo. En el primer caso, se hace un cierre de la audiencia, se levanta el acta y el mismo juez la aprueba, de acuerdo a lo que hayan definido las partes, en un proceso que ha definido la jurisprudencia del Consejo de

Estado con el nombre de heterocomposición; porque el juez tiene un factor determinante en todo el proceso de la audiencia de conciliación, heterocomposición que a diferencia de la conciliación prejudicial que es de autocomposición porque son las partes las que definen. El juez se convierte en arbitro que cierra de acuerdo a la opinión con las partes y que el mismo define a través de un auto interlocutorio que tiene la equivalencia de sentencia. Si las partes llegan a un acuerdo el juez aprobará el acta si la encuentra conforme a la ley. Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso; en caso contrario el proceso continuará con respecto a lo no conciliado. Si el tercero vinculado, no consintiere en lo conciliado porque puede haber terceras personas directamente interesadas en la definición del proceso de la conciliación. Si la tercera persona que esta interesada en que se defina esta conciliación, no lo consintiere el proceso continuará entre la entidad pública y aquel (entre el tercero y la entidad pública).

5. **Los recursos.** En cuanto a los recursos que proceden por la conciliación judicial, se sigue la estructura y la misma línea que se dijo antes en torno de los recursos que proceden por la vía contenciosa. Hay dos tipos de recursos: El de reposición si es de única instancia y el recurso de apelación si es de segunda instancia. Ya sabemos que tienen legitimación en la causa para impetrar estos recursos, primero el Ministerio Público cualquiera que sea la situación que se defina en la conciliación; sea la que se apruebe, o sea que se impruebe el Ministerio Público podrá intentar recurso de reposición en única y recurso de apelación en primera instancia. Las partes solamente tendrán legitimación en la causa, solamente cuando se impruebe la conciliación.

EFFECTOS JURIDICOS DERIVADOS DE LA CONCILIACION JUDICIAL.

Primer efecto jurídico es el relativo a las sanciones.- Hablábamos antes de dos tipos de sanción respecto de la conciliación prejudicial y hablábamos que el único que tiene poder sancionatorio por la vía prejudicial, es el Ministerio Público. Desde luego que el poder sancionatorio en materia judicial lo tiene directamente el juez; es el juez quien debe sancionar a las partes que intervienen en el proceso de la conciliación cuando en este no ofrecen ánimo conciliatorio. Al igual que en la conciliación prejudicial, la inasistencia injustificada en primer lugar de las partes o de su apoderado o la negativa también injustificada a dar formulas de arreglo, es decir cuando se vislumbra que no tiene ánimo conciliatorio, el juez puede sancionar y calificar la conducta a través de una sanción que tiene la equivalencia de la sanción que se impone por la vía prejudicial (10 salarios mínimos legales mensuales) que debe consignar el sancionado en el Banco del Estado a nombre del Consejo Superior de la Judicatura. El Juez de la Sala Sección o Subsección respectiva de acuerdo al artículo 74 de la Ley 446/98, establece e impone la sanción, dándole también la oportunidad de los recursos.

Hay un segundo tipo de sanción muy especial, por referirse al tema de contratos. Se debe tener en cuenta el artículo 75, particularmente el párrafo primero y segundo de la Ley 80/93 que determina cual es el procedimiento sancionatorio de que disponen los jueces cuando existe una controversia concretamente en materia de contratos. El juez cuando cita a una audiencia de conciliación, que lo hace después de la etapa probatoria, y si se ventila un tema, un conflicto en materia de contratos, los incita de una manera muy motivante y determinante a que concilien. Si las partes no concilian, debiendo conciliar y el Estado pierde el proceso por no conciliar se condena al Estado en costas y el Estado inmediatamente inicia la acción de repetición contra el funcionario o exfuncionario que por su culpa el Estado tuvo que pagar esa suma de dinero por no conciliar. Independientemente de esto, las multas aquí en materia de contratos son distintas, pueden dar lugar a la sanción de cinco (5) hasta doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales de acuerdo al grado de intervención que haya tenido la parte en el proceso.

En resumen, en materia de conciliación judicial hay dos tipos de sanciones la ordinaria que se da para todo proceso contencioso, procesos laborales; procesos de responsabilidad civil extracontractual; procesos tributarios, en virtud del cual el juez puede imponer sanciones hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales cuando no asisten y no justifican su inasistencia o cuando no presenta ánimo conciliatorio. Y la segunda sanción específica para contratos, que es la que se prevé en el párrafo segundo y párrafo tercero del artículo 75 de la Ley 80/93. En esta segunda sanción, se dice que si el juez observa, detecta, analiza, califica a las partes por no ofrecer ánimo conciliatorio o por adoptar una posición temeraria (inclinada a una de las partes), los podrá sancionar de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales, en el mismo acto de la conciliación, en la misma audiencia; y la segunda sanción de controversias contractuales es ya una sanción de resultados. Si por culpa de no conciliar cualquiera de las partes (porque no se refiere solamente al Estado <el particular o el Estado>), el Estado sale condenado entonces se le condena en costas {Al Estado nunca se le condena en costas. Decir que se condena en costas al Estado es manifestar un posición demasiado atrevida. Aquí es quizá la única excepción en la cual se puede condenar al Estado en costas, por no conciliar – siempre y cuando pierda el proceso por no conciliar}y como consecuencia de esto el estado inicia el proceso de repetición. Para iniciar acción popular de repetición y como requisito de procedibilidad, se requiere que el Estado haya sido condenado y que siempre y cuando hubiere pagado.

Segundo efecto jurídico: Tienen que ver con la acción de repetición. Lo pagado por una entidad pública en materia de conciliación o por estado de la conciliación que ha sido debidamente aprobada y aceptada por el servidor público, le da la autoridad a cualquier organismo de control (Procuraduría o Contraloría) o a cualquier ciudadano para repetir contra lo pagado por el estado por culpa de ese funcionario o exfuncionario público. Es el resultado de lo anterior (del anterior efecto) y como consecuencia de la efectividad de las condenas. El tema de la

efectividad de las condenas de acuerdo al Código Contencioso Administrativo corre a cargo del Ministerio Público; por eso cuando se condena, cuando una sentencia queda virtualmente ejecutoriada el Ministerio Público tiene que hacer una relación mensual sucinta, de todos los fallos condenatorios contra el Estado, para reconvenir a los organismos corporativos; para reconvenir a los ordenadores del gasto respecto a las previsiones económicas que ampara esos fallos y asignen los rubros suficientes para el pago de esas condenas. Si no lo así no se hiciera, será causal de mala conducta para quienes tienen que elaborar y aprobar los presupuestos. El Gobernador o la autoridad respectiva, cuando ejerce el control constitucional sobre el proyecto de presupuesto, lo primero que debe observar es de acuerdo con la reconvención que haga el Ministerio Público, si se asignó o no la partida para respaldar los gastos judiciales. Si no se asignó el Gobernador debe objetar el proyecto de ordenanza por inconstitucional y en esa misma línea deben proceder los Alcaldes y los gerentes de los organismos descentralizados. Por ocio, se eleva a causal de mala conducta, destituyen a los Gobernadores que aprueban un presupuesto sin tener la asignación presupuestal correspondiente para el pago de las condenas. De esa manera el Ministerio Público tiene un papel desplegable y protagónico con relación a las asignaciones presupuestales que respaldan las obligaciones judiciales y con mayor razón para resolver en petición.

Tercer efecto jurídico derivado de la conciliación judicial: *La acción de reparación directa.* La acción de reparación directa asumió una nueva posición en el espacio jurídico. Se recordará que en la “acción indemnizatoria” (artículo 86 C.A.A.), nos enseñaba que solamente podía obtener la legitimación en la causa por activa el particular (el perjudicado por los hechos o por las operaciones justificadas o injustificadas del Estado); siempre el demandado era el Estado; ahora, ha surgido una nueva posición en derecho: que el Estado puede ser demandante. El Estado puede demandar a un particular o puede demandar a una entidad pública: “Cuando por el resultado de una conciliación por actuaciones originas en culpa grave o dolo, de un servidor o exservidor público; o cuando resulte lesionado por la actuación de un particular o de otra entidad pública, las entidades públicas deberán promover acción de reparación directa para lograr obtener las reparaciones y perjuicios”. Es el único caso en que pueden iniciar una acción de reparación directa, como resultado de una conciliación y que el Estado tuvo que pagar por causa de un perjuicio originado por un servidor o exservidor público o un particular o cuando lo contrario, el Estado sufrió perjuicios por consecuencia de otra institución pública.

Cuarto efecto jurídico derivado de la conciliación judicial. *El Ministerio Público.* Hablábamos antes que el Ministerio Público jugaba un papel protagónico en la conciliación prejudicial y se le equiparaba como al rector, o al gerente, o moderador, como al propulsor como al responsable de la gestión de la conciliación prejudicial. Y en cierta forma decíamos como los directores de los Centros de Conciliación particular dependían del Ministerio Público. Lo vimos cuando se hablaba del caso de las actas de aprobación de la conciliación de los Centros de

Conciliación particular; si el Ministerio Público no las homologa, tienen que ir al Contencioso Administrativo a su aprobación.

Ahora el papel que cumple el Ministerio Público en las conciliaciones judiciales, es como *parte* de la conciliación y no se puede desarrollar ninguna actuación del proceso de actuación judicial, si no se notifica y el Ministerio Público hace presencia (debe hacer presencia y debe ser parte). La Ley 446/98 impone ese condicionamiento; debe ser parte y debe intervenir obligatoriamente en los procesos judiciales, particularmente en la audiencia de conciliación.. La inasistencia por su misma condición por su misma presencia, generará un vicio de nulidad en la Conciliación. La Ley 446 /98, le recuerda el trípede de funciones que debe cumplir, o el papel que encarna el Ministerio Público en una conciliación: “El Ministerio Público encarna tres funciones en el proceso conciliatorio.: **1. Actúa en defensa del orden jurídico. 2. En defensa del patrimonio público del Estado y 3. Es el defensor de los derechos y garantías fundamentales de la persona.**

El artículo 65B (nuevo) de la Ley 23/91, impuso una obligación a todas las instituciones públicas, deben con base en esta norma crear un *Comité de conciliación*, que debe estar constituido por el Representante legal o su delegado, es decir, por funcionarios de nivel directivo y, debe hacer presencia los funcionarios del nivel asesor (asesor jurídico); Comité de Conciliación que nombrará el representante que debe llevar la vocería en la Conciliación Judicial o prejudicial. Se le dará al Comité las pautas hasta donde puede negociar. Tendrá todos los aspectos relativos al presupuesto que ampare los arreglos conciliatorios.

En conclusión, la Ley 23/91, sigue vigente, sigue siendo el Estatuto de la Conciliación, reformado por la Ley 446/98. En cuanto al Decreto 2651/91 que tuvo un carácter transitorio fue aprovechado por la Ley en algunos aspectos; ya quedó totalmente derogado. Los Decretos 171 y 173 esta derogados. De tal manera que tenemos que fundamentarnos en la Ley marco, en la ley cuadro de la Conciliación que es la Ley 23 de 1991 pero, con las reformas que fueron introducidas por la Ley 446 de 1998.

B. La Transacción. Es un mecanismo que tiende a desaparecer, ha sido muy opacado por la Conciliación; actualmente no se transa.

La transacción es un mecanismo también definitorio de conflictos que se surte por la vía administrativa o por la vía prejudicial, cuya misión o finalidad es resolver litigios que tenga pendiente el Estado, frente a los Contratistas (en el caso concreto de la contratación), o precaver un litigio eventual que pudiera tener ante el Contencioso, es decir también la transacción tiene un carácter preventivo y definitorio en cuanto a la solución de los conflictos contractuales; resolver litigios pendientes y precaver un litigio que pudiera tener el Estado en materia de Contratación ante el Contencioso Administrativo.

La Transacción solo tiene aplicación por la vía prejudicial o la vía administrativa, a diferencia de la conciliación que puede tener cabida en los dos espacios, en la etapa prejudicial y en la etapa judicial.

El mecanismo expedito y propio para consignar la transacción es otro contrato, llamado contrato de transacción; es decir, los problemas se revierten se esculpen en otro contrato cuyo objeto naturalmente será el motivo del conflicto, de la solución del conflicto. Se establece un cronograma de plazos nuevos; se establecen unas nuevas garantías.

- C. **El Arbitramento (La Cláusula Compromisoria)**. Es otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, desarrollo de la justicia privada previsto en el artículo 116 de la Constitución Nacional. La cláusula compromisoria como su nombre lo dice, es una cláusula que las partes estipulan o acuerdan voluntariamente plasmar en un contrato o consignar en un contrato, como salida para resolver los conflictos que se presenten durante la ejecución del contrato. La cláusula Compromisoria permite la estructura de un arbitramento. Tribunal que puede estar compuesto por uno, lo cual riñe con el concepto de tribunal. La Cláusula compromisoria es uno de los mecanismos alternativos de convención o de acuerdo definido entre las partes que se plasma a través de una cláusula donde ellos depositan toda la confianza de la solución del conflicto a un arbitro, dos o tres, dependiendo de la complejidad del asunto y aceptan su decisión a través de un laudo; laudo que tiene toda la naturaleza, tiene toda la equivalencia de la sentencia, pero que pueden como garantía del arreglo en debido proceso, ser impugnado a través del recurso de anulación directamente ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. Entonces la naturaleza de la Cláusula Compromisoria es la de la formalización de una justicia privada que tiene su viabilidad con el nombramiento de un arbitro, no de cualquier arbitro, sino designado de la lista que tiene la Cámara de Comercio, para que les solucione el conflicto que pudieran tener durante la ejecución del contrato. Dada la relevancia que tiene la definición que se da en una cláusula Compromisoria que tiene el nombre de laudo que tiene las características de sentencia, admite unos recursos distintos, definidos por la ley, particularmente el artículo 72 de la Ley 80/93 y por las causales allí taxativamente previstas. Cláusula Compromisoria, viene de compromiso y en rigor de los términos es el compromiso que asumen contratista y contratante de dejar en manos de un arbitro debidamente seleccionado por la Cámara de Comercio la solución de los problemas que se presenten en forma eventual durante la ejecución del contrato; y ellos irreversiblemente aceptarán; y si acuden a esta forma de justicia privada es porque han renunciado al pronunciamiento que pudiera hacer la justicia institucional.

Como se impugna un laudo arbitral?. La Ley 80/93, establece un recurso único, ante un juez único. El recurso es el de Anulación. El juez único es la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado. Sala ésta que es la especializada en materia de contratos.

Causales para interponer el recurso de Anulación: El artículo 72 de la Ley 80/93, establece cinco (5) causales y solamente por ellas procederá la interposición del recurso de anulación:

- 1- Haberse fallado en conciencia y no en derecho.
- 2- Por existir en el Laudo errores aritméticos.
- 3- Por no tener en cuenta las pruebas solicitadas a los árbitros durante el proceso arbitral.

Y las otras tres (3) causales que se resumen por fallar en: Extra Ultra y/o mini petita.

D. El Compromiso o amigable composición. En virtud del cual, cuando no se pacta la Cláusula Compromisoria y durante la ejecución del contrato la partes puedan tener un conflicto, llegan al compromiso de que ese conflicto tenga un arbitro y que ellos aceptaran la definición que haga ese arbitro y que se someterán a las reglas del debido proceso, establecidas para el tribunal de arbitramento.

E. El arbitramento técnico. Es otra forma de justicia privada que se pacta voluntariamente en *determinados contratos*, diferencia que salta prima facie frente a la Cláusula Compromisoria; porque la Cláusula Compromisoria se puede pactar en cualquier tipo de contrato y para cualquier tipo de problema, en cambio el arbitramento técnico solamente se podrá pactar en determinados contratos y no para cualquier tipo de problema sino, para problemas de orden técnico, de calificación compleja, que exige conocimientos muy especializados, muy profundos en torno al conflicto. Muchas veces habrá de contratarse árbitros de carácter internacional. Se pactaría entonces el arbitramento técnico en los contratos de Concesión; en los de obra de alta especialidad (viaductos, puentes, túneles; represas, etc.) y en algunos contratos de Consultoría.

Entonces el arbitramento técnico, viene a ser guardadas las proporciones, la misma cláusula compromisoria con las siguientes tres diferencias:

1. No se pacta en todo tipo de contrato, únicamente en los contratos de cierta complejidad.
2. No se pacta para dirimir cualquier tipo de problemas, sino problemas altamente calificados o de compleja estructura.

3. Lo árbitros debe ser especializados, de cierta prestancia y deben estar unificados, clasificados o catalogados previamente en los registros únicos que tienen los distintos países como arbitros ubicados en la especialidad materia del conflicto.

8. LAS DIFERENTES MODALIDADES DE CONTRATO

Hablar de las modalidades de contratos con base en la Ley 80/93, es darle un nuevo esquema, una nueva definición. Si recordamos los estatutos anteriores, el Decreto 150/76 y si hablamos del Decreto anterior, del Decreto 222/83, la ubicación en cuanto a la clasificación se refería era totalmente diferente; en efecto, en esa época las disposiciones utilizaban la tesis enumerativa. A raíz de la adopción que tomo la Ley 80/93 con la posición civilista con fundamento en el artículo 13 en que a los contratos hoy día se les adapta según las coyunturas a las normas civiles y comerciales, entonces la clasificación ya no es enumerativa sino enunciativa; significa esto que todos los contratos podrán ser estatales en la medida en que el Estado haga presencia en el negocio jurídico, de tal suerte que el hecho de que el Estado haga presencia le da la calificación de contrato estatal; por eso cuando el artículo 32 en el epígrafe habla de que son contratos estatales entre otros, no mencionó sino cinco y dejo de mencionar unos que son importantes y, vamos a empezar por esos.

Hay algunos contratos que en nuestro sentir son motivo de cuestionamiento (claro que el contrato principal es el contrato de obras) en el Congreso, como el de Suministros. Entonces vamos a ver en un solo cuadro tres (3) contratos diferentes que tienen una frecuencia inusitada en el Estado: 1. Relacionado con el Contrato de Suministros. 2. El de compra de bienes muebles y 3. La venta de bienes muebles. Para más o menos tomar el universo de estos contratos se explican tres (3) temas así: 1º El relacionado a la naturaleza, a la definición. 2º Características específicas. 3º Procedimientos. Así:

CONTRATOS ESTATALES			
Tema	CONTRATO DE SUMINISTROS	CONTRATO DE COMPRA DE BIENES MUEBLES	CONTRA DE VENTA DE BIENES MUEBLES
DEFINICIÓN	Los contratos de suministros son los que se adquiere. Adquisición permanente y continua de bienes que son ABSOLUTAMENTE NECESARIOS para la prestación del servicio. (Ej.: papelería, gasolina; medicamentos etc.)	Adquisición de bienes muebles que son necesarios, pero no absolutamente necesarios (Ej., Volqueta, retroexcavadora. Etc.)	Contrato de enajenación de bienes que no son necesarios para el servicio.
CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS (Diferencias)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Son bienes que se adquieren permanentemente; en forma continua. 2. Son bienes por regla general son fungibles. (se consumen con el primer uso). 3. En cuanto a su ejecución, son de tracto sucesivo. 4. Regulación de precios. (Admiten revisión de precios). 5. Los precios son intervenidos (Es el gobierno quien fija los precios). 6. La asignación presupuestal es permanente. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La adquisición es eventual, esporádica. 2. Los bienes son duraderos (no se consumen con el primer uso). 3. Son de ejecución instantánea. 4. Los precios son fijos. 5. Los precios son libres, giran en torno a la oferta y demanda. 6. La asignación presupuestal es programada. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aquí el Estado invierte la relación comercial, es <i>Sujeto Activo</i>. Vende, es el agente dinámico. 2. Por regla general se trata de bienes usados. 3. Los bienes en estado de obsolescencia. 4. Como son bienes de uso público (afectos al uso público), se requiere desafectarlos (darlos de baja).
3 PROCEDIMIENTOS	<p>Para menor cuantía, se adjudican directamente. (Dcto. 855/94). (los 6 procedimientos). Siguiendo un orden preferente así:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.1- Aquellos contratos que se pueden hacer libremente, sin restricción de ninguna naturaleza. 1.2- Con autorización legal expresa. 1.3- Consultando precios del mercado y evaluaciones anteriormente hechas. 1.4- Con solicitud de dos (2) o mas ofertas. 1.5- Convocatoria pública mediante aviso en lugar visible de la institución por dos (2) días consecutivos. 1.6- Convocatoria pública (invitación pública) mediante aviso en diario de amplia circulación. <p>2. Si son de mayor cuantía, se adjudicaran por Licitación</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Por Pública Subasta (martillo), los bienes que determina la ley (por Ej., los decomisados por contrabando). 2. Convocatoria pública, con aviso mural visible, por 2 días consecutivos cuando la venta que pretenda hacer el Estado no pase de 250 salarios mínimos legales mensuales. 3. Convocatoria Pública con aviso en Diario de amplia circulación cuando la venta que pretenda hacer el Estado pase de 250 salarios mínimos legales mensuales. 	

EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.

Es otro contrato que tiene su historia. Observamos que en 1887 ya se hablaba del Contrato de Prestación de Servicios con características influenciadas del derecho público, cuando tenía que ir a consulta al Consejo de Estado y después en el año de 1931 cuando se le extensiva la aplicación de las cláusulas exorbitantes y la licitación, porque en ese entonces se licitaba. Lo que pasa es que el Contrato de Prestación de

Servicios también tiene su complejidad. Es un contrato que realiza el Estado por regla general con personas jurídicas y excepcionalmente con personas naturales.

CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.

1. Se celebra por el Estado generalmente con personas jurídicas.
2. Excepcionalmente, se celebra el contrato con personas naturales. La Ley señala en que casos se puede celebrar con personas naturales:
 - 2.1. Cuando no hay personal de planta en condiciones de prestar el servicio; (Ej., para una investigación tecnológica, etc.).
 - 2.2. Cuando se trata de contratos intuitu personæ. Esto se refiere a trabajos altamente calificados (Ej. Una pintura, una investigación etc.).
3. Se celebra solamente por el tiempo que sea necesario.
4. Este contrato jamás podrá refundirse con el contrato de trabajo. No implica entonces una forma de vinculación, o sea que no tiene una posición, estatus de relación laboral que implique en primer lugar una subordinación, ni la función permanente y en tercer lugar una remuneración; porque si se dan estos tres elementos será contrato de trabajo.

El contrato de Prestación de Servicios, habrá de modificarse hacia el futuro, porque no se puede tampoco refundir lo que es profesional con lo que es mecánico o manual. Dada la circunstancia de que el contenido de este contrato presenta actividades disímiles, debe separarse hacia el futuro en un Contrato de Prestación de Servicios Profesionales aparte y que se haga un contrato de prestación de servicios de habilidades materiales, porque no se puede refundir de ninguna manera por ejemplo el asunto de la celaduría que es un contrato de prestación de servicios que por su misma condición no implica vinculación pero debe adjudicarse a través de una licitación. El de transporte que también tiene un tinte comercial, pero que a nivel de contrato estatal, es un contrato de prestación de servicios de transporte que deberá adjudicarse siempre por licitación. El contrato de Aseo; el contrato de mantenimiento, el contrato de alimentación, son contratos de prestación de servicios que deben adjudicarse por licitación.

Los contratos netamente profesionales, son los de labores profesionales liberales como los que deben celebrarse con el Abogado, el Contador, el Economista etc., cuando se orienta a hacer diagnósticos, asesorías o simplemente una representación judicial, ese se debe adjudicar siempre y cualquiera que sea su cuantía en forma directa.

Hay un solo contrato que se adjudica por concurso que es el de “Procesamiento de datos”, porque allí se esta valorando la propuesta de la idea generada por el hombre.

EL CONTRATO DE CONSULTORIA.

Hablar del contrato de Consultoría es hablar de una historia reciente, por que este contrato nació con el Decreto 222 de 1983.

En 1976

HISTORIA DEL CONTRATO DE CONSULTORIA	
1976 Decreto 150	El Decreto 150/76, se clasificaba el contrato de Obras Públicas, por el objeto así: 1. Contrato de Estudios. 2. Contrato de Construcción y 3. El Contrato de Interventoría.
1983 Decreto 222	El Decreto 222/83, creó el contrato de Consultoría, separándolo del contrato de Obras Públicas de los contratos de interventoría y del contrato de estudios, formalizando de estos dos contratos el de Consultoría. La fusión de los contratos de Interventoría y el de Estudios, es el resultado del contrato de Consultoría, que en esta norma del 222/83 es un contrato <i>accessorio</i> del contrato de Obras Públicas, es decir es más importante el de Obra pública.
1993 Ley 80	Con la Ley 80/93, el Contrato de Consultoría, lo llevó a un contrato independiente, que desde luego el contrato de Consultoría esta orientado hacia proyectos de inversión. Esta es una de las diferencias con el contrato de Prestación de Servicios, en donde la inversiones en este ultimo o las relaciones negociales que hace el Estado se proyectarán siempre en estudios diferentes a las obras públicas, en cambio el contrato de Consultoría tendrá una relación unívoca siempre a las obras públicas. Entonces aquí por la Ley 80/93, es más importante el contrato de Consultoría que el de Obras Públicas.

Entonces, el Contrato de Consultoría dada la circunstancia de que la actividad es eminentemente creativa, de cálculo, de estudio, de investigación altamente calificada, orientada hacia las obras públicas, no se puede valorar o evaluar como valoran las cosas, la materia; por eso, siempre la selección se hará por concurso; lástima grande que se hubiera quitado la palabra que traía el decreto 222/83 “de méritos”, porque aquí si se valora es el mérito de las personas y este contrato a diferencia del de Prestación de Servicios se puede celebrar con personas naturales o con personas jurídicas y por el contrario, exige que la persona jurídica este representada por una persona natural debidamente calificada, idónea, con título profesional y experiencia.

El Contrato de Consultoría que se celebra con personas naturales o jurídicas para realizar actividades relacionadas con las obra públicas.

Las diferentes actividades que se desarrollan por el Contrato de Consultoría, que en cierta forma son modalidades, materializan una actividad de la consultoría como son los diseños, como son los planos; los estudios de prefactibilidad y factibilidad.

Hay actividades que llamamos preliminares, necesarias; otras que son concomitantes y otras que son posteriores.

Si se analiza el artículo 32 de la Ley 80/93, vemos que hay muchas de las actividades que son anteriores y que tienen un desarrollo naturalmente distinto, por ejemplo: los proyectos de inversión; los estudios de diagnóstico; estudios de prefactibilidad son actividades preliminares y las asesorías técnicas que pueden ser también concomitante y posterior; la Coordinación, puede ser concomitante y posterior; Asesoría, es concomitante y posterior. La de Control y supervisión, es actividad posterior. Interventoría, es concomitante y es una modalidad de contrato de consultoría. (la interventoría es obligatoria, no obstante que la ley no lo diga, pero si no se estipula o establece, el Estado la tendrá que hacer). La Gerencia de Obra (reemplaza al Contrato de administración delegada) reemplazó a la modalidad de pago (forma de pago establecida por el Decreto 150/76, cuando la Administración delegada es una forma de intermediación o de representación de una personas extraña a nombre del Estado, cuando el Estado no tiene la capacidad técnica necesaria para ejecutar una obra, llama entonces a un intermediario <Gerencia de Obra>).

Modalidad de Interventoría. La Ley no determina que es el contrato de interventoría, ni lo define; lo orienta hacia las obras públicas, pero tampoco dice que no se puede usar en otros contratos, pero, lo aconsejable es que cuando se trate de otros contratos diferentes al de obras, se le llame de “*Supervisión*” .

La Interventoría es una modalidad de contrato de consultoría, que se utiliza particularmente en el contrato de Obras Públicas y consiste en la concertación o imposición que se realiza para fiscalizar los contratos principales desde el punto de vista técnico, significa esto que el Interventor debe examinar el desarrollo del contrato desde el punto de vista del cumplimiento de las especificaciones acordadas; por ejemplo que los ítems se desarrollen como actividad del contrato tal como estaba acordado. La intervención del interventor es básica; donde el interventor de un visto bueno a una obra que no cumpla las especificaciones y se caiga la obra, se cae también el interventor, con responsabilidad más que el mismo constructor, por haber omitido sus deberes.

La primera misión que debe cumplir el interventor es eminentemente técnica.

La segunda misión es contable; razón por la cual se les impone a los interventores, abrir un libro de contabilidad, a efecto de registrar cada uno de los ingresos (todo el dinero que reciba el contratista para la obra, tiene que ser registrado por el Interventor).

La Tercera misión que debe cumplir el interventor, y que es de las mas trascendentales que debe cumplir el Interventor, es la que solo él es quien puede insinuar con su concepto técnico las modificaciones del contrato. Si se pretende hacer un contrato adicional, no podría hacerse sin el visto bueno del Interventor. Es el Interventor quien decide si debe o no hacerse el contrato adicional. El contratante público, siempre llamará al Interventor para solicitarle su opinión o concepto técnico. De la misma forma las mayores cantidades de obra, cuando por fuerza mayor y que

pasen del 50%, sin el experticio del Interventor no se hacen; igualmente, la supresión de obras, las compensaciones, los cruces, en cuanto a los ítems que en veces se cambia uno por otro; todas las actas requieren del visto bueno o concepto del Interventor. Será responsabilidad del Contratante, si no tiene en cuenta la insinuación o concepto del Interventor; como también el Contratante se puede separar del concepto del interventor en el caso que no sea muy convincente la sugerencia de cambio o de modificación. El Interventor, juega un papel muy protagónico, muy definitivo en el desarrollo de la ejecución contractual.

CLASES DE INTERVENTORIA. La interventoría ofrece dos tipos de modalidades:

1. *Por contratación externa.* Cuando es de mayor cuantía, siempre, obligatoriamente tendrá que hacerse de forma externa, con Interventores ubicados en la Cámara de Comercio como “Interventores”, especializados en la interventoría. La forma de selección, es por «concurso» y la formalización del contrato con «*formalidades plenas*».
2. *Interventoría Oficiosa.* Referida a los contratos de menor cuantía, la formalización se hace a través de cláusula, a pesar de que el Consejo de Estado dijo que la Interventoría en menor cuantía la pueden hacer particulares; no obstante que el Estado no contrata particulares en interventoría pequeña. La Interventoría de menor cuantía es la oficiosa. Es el Estado el que realiza directamente esta interventoría y la formalización jurídica de la Interventoría oficiosa, se patentiza a través de una cláusula en el contrato principal de obra.

EL CONTRATO DE CONCESION.

La razón de este contrato es que el Estado no tiene recursos para hacer inversiones, en la medida que va transcurriendo el tiempo se va reduciendo el Estado; la crisis que tiene el Estado respecto a las inversiones son notorias. Todo se va en funcionamiento, por eso el encauce que tiene el Estado de suprimir plantas de personal. Por estas circunstancias, una de las salidas importantes que tiene el Estado para efectos de la Inversión es el Contrato de Concesión; porque el Concesionario es el que pone el dinero, es el que hace las obras.

La Concesión, es una autorización que hace el Estado para que se explote una actividad a nombre de él, por un determinado tiempo.

Lo característico de la Concesión, es:

- 1- **Las partes:** La parte inevitablemente que concede el permiso, siempre será el Estado; lo debe ser porque es el Estado el que da la licencia para la explotación de una actividad que le corresponde al Estado. Entonces siempre habrá una parte determinante que es el otorgante que se llama “Concedente” (que concede el permiso o licencia) para la realización de ésa actividad. A

parte de otorgar el permiso o licencia, el “Concedente”, se reserva la facultad de fiscalización o de Interventoría del Contrato. Es el Concedente quien tiene la fiscalización y es quien autoriza las tarifas; el que da el visto bueno para la reincorporación del personal cuando no hay la reglamentación. Es quien concede el visto bueno para cualquier tipo de construcción necesaria en los parámetros comunes.

En segundo lugar, el “Concesionario”, que es prácticamente el Contratista, quien asume por cuenta y riesgo toda las multifacéticas actividades que son in limine desde el punto de vista de la concertación. Se sustrae de la Concesión toda la temática minera y de hidrocarburos, que tiene una declaración y un procedimiento reservado por el Código de Minas. Cuando se hable de concesión Estatal, nos referimos a un contrato independiente al de minas y al de hidrocarburos que tienen una regulación diferente.

2. **La actividad**: El “Concesionario” asume por su cuenta y riesgo toda la realización de la obra, o la gestión de una determinada actividad, la prestación de un servicios; puede ser la conservación de una obra. Es decir, en cuanto a las actividades que debe desplegar son in limines, es decir abiertas. Solamente se pueden tachar aquellas que van en contravía de la Constitución y de la Ley.
3. **La contraprestación**: Naturalmente el Concesionario tiene que recibir algún dinero para recuperar la inversión; recibir una utilidad, en donde se hace más evidente o se traduce con mayor objetividad el concepto de la “Concesión”, de la Licencia. A parte de concederle la facultad de hacer una gestión, el verdadero predominio de la licencia bajo la concesión, esta en la autorización para el cobro de la contraprestación. El Estado (Gobierno), autoriza al particular para que cobre a los usuarios de la obra o del servicio una determinada contraprestación que es in limite, puede cobrar cualquier tipo de contraprestación, siempre y cuando que sea posible; se autoriza para que cobre tarifas, de aquí viene el “Peaje”. El Concesionario se encarga de conservar las vías y el Estado lo autoriza para cobrar las tarifas de acuerdo a lo que se determine en el contrato.

MODALIDADES DEL CONTRATO DE CONCESION.

El contrato de Concesión tiene diversas modalidades:

1. **CONCESION SIMPLE**: Cuando una persona natural o jurídica, asume por autorización del Gobierno la facultad de explotar una determinada actividad, o realizar una obra, o gestionar la prestación de servicios etc., cualquier tipo de actividad y recibe la contraprestación autorizada. Hay concesión simple cuando un particular, empresario asume con exclusividad los riesgos y beneficios que pueda asumir de acuerdo a sus prestaciones.

2. **CONCESION INTERESADA:** Mediante esta clase de concesión o gestión, es aquella mediante la Administración pública o entidad estatal es quien explota directamente el servicio aunque contrata con una empresa la gestión de ella, retribuyéndole a esta empresa su participación con un porcentaje o con una retribución acordada.
3. **CONCIERTO CONCESIONAL:** Mediante esta formula de gestión de duración limitada en el tiempo (5, 10 años) un particular se compromete a desarrollar una serie de prestaciones (ejemplo asume la prestación del servicio de acueducto) o actividades con su propios medios o recursos, para prestar el servicio público y acuerdan con la Entidad unas condiciones especiales en cuanto a responsabilidad y prestaciones.
4. **CONCESION MEDIANTE CONSTITUCION DE SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA:** Mediante esta forma de gestión, la Entidad crea o contrata con una sociedad de economía mixta, en donde se señalan las atribuciones, se señalan las condiciones, se señala el reglamento de participación en el contrato social, elevado a escritura pública.

PROCEDIMIENTO EN EL CONTRATO DE CONCESION:

El procedimiento de la concesión tiene tres fases:

1. **Los Estudios:** Es una fase que es absolutamente sine quanon, para poder entrar en la licitación. Hacemos abstracción del Contrato de Obras Públicas. Este contrato no requiere de registro de proponentes. En la fase de estudios son obligatorios:
 - 1.1. Los estudios financieros.
 - 1.2. Estudio de impacto ambiental.
 - 1.3. Estudio de prefactibilidad y Estudio de Factibilidad.
Pueden participar en esta fase, todas las personas que tengan condiciones, expectativas y capacidades potenciales de ser especializados en estas áreas.
2. **La Licitación:** Pueden participar en la licitación, todas las personas ya que es erga omnes, siendo así esta otra diferencia con el contrato de obras públicas. En el de Obras públicas, una persona que participó en un diseño, de un plano, no puede participar en la Licitación, hay incompatibilidad. Aquí, pueden participar todos, de la forma que a bien tengan; directamente, en consorcio; en unión temporal, la sociedad interesada o acomodada, etc. La licitación se hace con todas la personas, incluyendo a quienes realizaron los estudios.
3. **La Reglamentación:** El Contrato de Concesión, es el único contrato que tiene reglamento y no es para menos, toda vez que se trata de una empresa, de una técnica de gestión. El reglamento hace parte del contrato. Se indica quienes son las partes, los Concesionarios, los aportes que efectuaron, las utilidades que van a percibir; se señala la protección al trabajo nacional. Se debe diseñar claramente lo de la responsabilidad. Los tratados de reciprocidad, si se

contrató con extranjeros. Se debe señalar (como elemento imprescindible), la cláusula de reversión, cómo se debe hacer el inventario una vez finalizado el contrato de concesión. Se deben prever todas las reglas de interventoría.

EL CONTRATO DE FIDUCIA. EL ENCARGO FIDUCIARIO.

No es una institución nueva. Encontramos su historia de la fiducia pública en el derecho romano, en una institución que llamó el “*fideicomisio*”. También la tuvo en el derecho romano en el “*pacto fiduciario*”. El “*fideicomisio*”, consistía en que una persona a través de un testamento, transfería a título de dominio, en acto entre vivos a una persona de su plena confianza (fiducia, significa confianza) todos sus bienes, con una obligación: que durante esta existencia los administrara, figurara como propietaria y el testador le exigía especialmente que alimentara a su hijos, o le encargaba que transcurrido determinado tiempo o cuando se cumplieran determinadas condiciones, los bienes pasaran a los hijos menores cuando cumplieran la edad respectiva pero, mientras llegaban a esa edad, debería sostener el estudio, la alimentación etc.

En cuanto al “*pacto fiduciario*”, era otra forma de fiducia de los romanos y era un acuerdo entre dos personas, ante el cual una de ellas le transfería a la otra también de su plena confianza, muchos bienes, con la finalidad por ejemplo de satisfacer una deuda, o de cumplir una obligación entre vivos, mientras el se ausentaba.

También tuvo su origen la Fiducia en Inglaterra; los famosos “Trust” .

La Fiducia, es un depósito. Mediante ella, una persona natural o jurídica llamada fideicomitente, o constituyente, entrega a una sociedad fiduciaria debidamente reconocida y especializada en este tipo de gestión, unos bienes.

Características de la Fiducia:

1. La Confianza.
2. Una finalidad que cumplir.
3. Un gestor profesional.
4. Una separación absoluta de bienes.
5. La conformación de un patrimonio autónomo.
6. Una misma entidad fiduciaria puede administrar lo que llaman bolsas fiduciarias distintas (puede administrar dinero, edificios; puede administrar semovientes, etc.).
7. Otra característica importante es que lo bienes de la fiducia, son inembargables.

El gobierno generalmente deja en depósito muchos dineros para garantizar los pagos con el Banco Mundial. Se deposita un dinero en estas entidades fiduciarias que

lo manejan, obtienen rendimientos y esa entidad fiduciaria se encarga de pagarle al Banco Mundial la deuda, tanto de capital como de intereses.

Las entidades fiduciarias, también sirven para construir. Se deposita un dinero a una entidad fiduciaria y esta se encarga de efectuar la obra de construcción.

Las partes que intervienen: Es el único contrato que tiene tres personas. Una de ellas el propietario, que es el *Fideicomitente* o constituyente; persona natural o jurídica de naturaleza pública o privada que encomienda a la Fiduciaria una gestión determinada para el cumplimiento de una finalidad, pudiendo para ello entregarle uno o más bienes. El Fideicomitente, debe señalar en el contrato las distribuciones y se debe seguir plenamente los lineamientos que exige el Código de Comercio. La Ley 80/93, hace remisión en cuanto a la parte sustancial de obligaciones en cuanto a las personas que intervienen al artículo 1226 y siguientes del C. de Cio. (La calidad de bienes que entrega, la vigilancia, la reserva que tiene el fideicomitente de vigilar sus bienes; de revocar en cualquier momento la fiducia; de solicitar la remoción de la entidad fiduciaria; de pedir informes mensuales o semestrales).

La segunda persona es la Entidad *fiduciaria* o depositario. Entidades Fiduciarias en Colombia, solamente lo son las reconocidas por la Superintendencia Bancaria. Son entidades de servicio financiero, constituidas como sociedades anónimas sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Las entidades Fiduciarias, prestan servicios de asesoría financiera. Ejercen la representación de creadores de bonos. Obrar como agentes de transferencia y registro de valores. Se desempeñan como síndicos curadores de bienes. Actúan como depositarios de sumas consignadas en juzgados. Emiten bonos por cuenta de patrimonios autónomos; administrar bonos de pensiones y obligaciones.

Son deberes que debe cumplir una entidad Fiduciaria, además de los que se establecen específicamente en los contratos de fiducia, deben cumplir: Realizar en forma diligente la gestión que haya sido encomendada para la consecución de los fines propuestos por el cliente. Mantener una total separación contable entre los bienes de la entidad fiduciaria y los bienes del constituyente entregados por los clientes. Seguir al pie de la letra las instrucciones de los clientes. Proteger y defender los bienes que le hayan sido entregados contra cualquier acto de terceros. Devolver al Fideicomitente los bienes que este le hubiere entregado o transferido según las instrucciones que haya recibido.

La tercera persona es el beneficiario, llamado *Fideicomisario*, que son las personas que reciben el rendimiento de la fiducia. Puede serlo el mismo Fideicomitente, pero generalmente es un tercero. El fideicomisario puede ser sustituido por otro. Puede serlo cualquier persona natural o jurídica. Tiene unos derechos: Exigir a la Fiduciaria el cumplimiento de sus obligaciones, Oponerse si la Fiducia no administra bien los negocios. Oponerse a cualquier embargo. Solicitar al

Superintendente Bancario por causas justificadas la remoción de la fiducia y si es el caso el nombramiento de un nuevo administrador.

LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.

A parte de las grandes clases de fiducia que son tres (3):

- 1- La Fiducia de administración. Cuando se dejan algunos bienes para que se administren y con los rendimientos se pague alguna obligación.
- 2- La Fiduciaria Inmobiliaria. Se da cuando se depositan solamente inmuebles, para que los arrienden, se realiza alguna función en torno a ellos.
- 3- La Fiducia de Gestión. Cuando se entregan por ejemplo en fiducia la administración de los servicios públicos (administrar el servicio de energía y cobrar las tarifas, y con el cobro de esas tarifas que generan algunos dividendos, se paguen algunas obligaciones).

Entre los otros negocios fiduciarios, tenemos los Fondos Comunes de Pensiones; los Fondos de Cesantías. Fondos de Inversión de Capital Extranjero. Fondos Comunes Especiales en moneda extranjera. La Fiducia en Garantía. La Fiducia de Titulación. La Fiducia para administrar seguros de vida. Fiducia de Administración de pagos.

En lo que respecta a la Fiducia Pública, toda la influencia del Código de Comercio ha llegado al derecho público. Por eso se acogió en la Ley 80/93 a la fiducia como un contrato estatal. Si se observa el artículo 32 de la Ley 80/93, separa claramente lo que es fiducia pública y el encargo fiduciario. Para dar una precisión en que consiste cada una, porque hay una separación realmente de contenido, mas no de procedimiento por que este es el mismo, en la Fiducia pública, se rige por las normas de la Ley 80/93 en cuanto a Licitación se refiere (todo el sistema fiduciario se hace por licitación) pero la estructura contractual es netamente de derecho privado. No lleva cláusulas exorbitantes. El mismo parágrafo del artículo 14 de la Ley 80/93, en cuanto a la estructura y al contenido del contrato los separa totalmente de la Ley 80. Dice el Contrato de Fiducia tiene como base a las normas del Código de Comercio, pero se debe adjudicar por licitación. Que diferencia da la ley respecto a la *Fiducia Pública* y al *encargo fiduciario*: Hay *fiducia pública* cuando el Estado deposita todo un patrimonio de bienes, es decir toda una universalidad de bienes (unos semovientes. Potreros, edificios; Una mina para su explotación; los termales, etc.). El *encargo fiduciario* es cuando se deposita únicamente dinero.

La *Fiducia Pública* y al *encargo fiduciario*, se adjudican ambos por licitación pero, el contrato es eminentemente de derecho comercial, no lleva cláusulas exorbitantes, se aplica toda la norma del Código de Comercio en cuanto a deberes y derechos; no los deberes y derechos que están previstos en el artículo 4º y 5º de la Ley 80/93, sino los que están previstos en el C. de Cio. Unos son los deberes del

Fideicomitente, otros los deberes de la entidad fiduciaria y otros los del beneficiario o fideicomisario. Pero el cuestionamiento si lo regula el juez contencioso, a diferencia de las fiducias comerciales que lo resuelve la justicia ordinaria.

LAS OPERACIONES DE CREDITO PUBLICO.

Tiene su regulación cimentada en el Decreto 1950 de 1955. Ha sido tan importante este Decreto, que si se hace la comparación con el Decreto 2681 de 1993, un 50% de este decreto es fiel copia del 1050/55. Se le hicieron algunas innovaciones más técnicas para atemperarlas al nuevo sistema de crédito internacional, pero la parte sustancial, es fiel copia del 1050/55.

Una operación de crédito público o empréstito, es una provisión u obtención que hace el Estado de recursos tanto en moneda nacional como en moneda extranjera para llevarlos a inversión social. Si el destino de esos recursos tiene un criterio personal, se llama préstamo. Por eso la diferencia entre préstamo y empréstito, este tiene una connotación universal tanto por su origen como por destinación hacia el interés social. Y por eso, cuando hablamos de empréstito siempre tenemos que tomar al Estado como sujeto pasivo del negocio operacional de crédito público. Dentro del servicio de la deuda, el estado siempre será el protagonista de las operaciones de crédito público. Distinto a los préstamos que es intuite personæ, de carácter personal.

Las operaciones de crédito público, se clasifican en dos (2), de acuerdo a la forma como se obtienen y se invierten los recursos. De la obtención y de la inversión de los recursos sale la clasificación de las operaciones de crédito.

1. **Operaciones de crédito público interno.** Cuando el Estado, obtiene recursos a través de las entidades financieras nacionales, lo puede obtener en moneda nacional o extranjera. Lo que caracteriza la operación de crédito público interno es que la amortización de la deuda se haga en pesos colombianos, tanto de capital como de intereses.
2. **Operaciones de crédito público externo.** La obtención de los recursos tiene que ser en moneda extranjera (dólares) y su amortización también se hace en la misma moneda extranjera.

Conceptos del Decreto 1050/55:

Deuda Consolidada: Es la que tiene definidos todos sus pagos en términos acordados, es decir en ciclos de tiempo previamente definidos y acordados para el pago de capital y de intereses.

Deuda Flotante: Es la que se deja un espacio de tiempo congelado (muerto) y se deja a criterio la amortización y que con el transcurrir del tiempo se define en los

cortes de cuentas. Se da una deuda flotante con compañías financieras muy sólidas, porque son confiables.

Deudas redimibles e irredimibles: Es redimible una deuda, aquella que a la medida que paga sabe cuanto se ha imputado a capital y cuanto a intereses. La deuda irredimible, no sabe en los pagos cuanto es el saldo de capital e intereses, sino hasta los cortes de cuenta o balances.

CLASES DE OPERACIONES DE CREDITO PUBLICO.

1. Los empréstitos.
2. La emisión y suscripción de bonos de crédito público.
3. El crédito de proveedores. La adquisición de bienes de proveedores.
4. El otorgamiento de garantías para las obligaciones de pago.
5. Las cartas de crédito.
6. La refinanciación de la deuda. (reestructurar la deuda; renegociar la deuda, convertir la deuda en otro tipo de moneda, sustituirla por otro tipo de operación de crédito público, etc.)

EL PROCEDIMIENTO MARCO PARA LAS OPERACIONES DE CREDITO.

Para la legalización del contrato de “Operaciones de Crédito Público”, interviene Planeación Nacional; el COMPES; La Junta Directiva del Banco de la República. La Junta Interparlamentaria de Crédito Público (integrada por Representantes y Senadores); El Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El procedimiento marco tiene dos (2) fases o etapas:

I. ETAPA.

Esta etapa es simplemente de gestión, se inicia con la solicitud o petición dirigida al Ministerio de Hacienda con los siguientes anexos:

- 1.1. Certificado de endeudamiento (estado o capacidad de endeudamiento que lo expiden las Contralorías).
- 1.2. Cronograma de inversión de la deuda.
- 1.3. Cronograma de amortización de la deuda.
- 1.4. Anexo de presupuesto y balance.
- 1.5. Garantías.

Esta documentación se envía a COMPES, obtenido el visto bueno, se dirige a Planeación Nacional, entidad que remite con el visto bueno al Banco de la República, entidad que analiza los aspectos de interés, la posibilidad de pago que tiene la entidad y de esta pasa a la Comisión Interparlamentaria, entidad que analiza los aspectos de conveniencia. Reunidos estos requisitos

llega al Ministerio de Hacienda que expide una Resolución Ministerial, (firmada por el Ministro), donde lo autoriza hacer las gestiones (ante Banco Mundial, FMI, etc.).

II. ETAPA.

Si en el trámite anterior va bien, se continua en la segunda etapa. Que empieza con:

- 2.1 Carta de intención, que resume los análisis de los estudios efectuados con soporte en la documentación antes relacionada.
- 2.2 Obtenida la carta de intención, se debe aportar la documentación pertinente a las autorizaciones legales (de las Corporaciones o Junta directiva de la Entidad, otro balance, otro presupuesto autorizado. Otro certificado de capacidad de endeudamiento actualizado, cronogramas, etc.).
- 2.3 Con todo lo anterior, el Ministerio expide una Resolución (ya no ministerial sino ejecutiva) firmada por el Presidente de la República.
- 2.4 Reunidos los requisitos, celebra el contrato de empréstito con el Banco Mundial.

EL CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS

Cuando se hablo del Régimen legal de la contratación, las primeras instituciones contractuales de derecho público se ubicaron en el contrato de Obras Públicas. El primer contrato que fijo un condicionamiento propio diferente al contrato privado o contratos civiles, fue el Contrato de Obras Públicas. Por el Contrato de Obras públicas nació la Cláusula Penal pecuniaria; nació la Caducidad (que luego se hizo extensiva a otras normas. Por el contrato de obras públicas, si se recuerda el Código Fiscal Nacional se aplicó por primera vez la licitación.

CICLO DEL CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS

Para 1941 (la Ley 167 – C.C.A.), solamente habían tres contratos.

Para el año de 1976 (Decreto 150) solamente habían siete (7) contratos.

En 1983 (Decreto 222) habían doce (12) contratos estatales (administrativos).

En el año 2.000, todos los contratos que celebre el Estado son Estatales.

Se acabó así ese imperio riguroso de las normas de derecho público que solamente debían someterse a esas normas. La orientación hoy día en la contratación es que depende del contrato, se aplican normas de derecho civil o de derecho comercial. Lo único que hay es que es único juez, (juez de la controversia y juez de la ejecución). Antes era solamente juez de la controversia pero hoy, en materia de contratos el contencioso se ha convertido en juez de la ejecución.

El contrato de Obras Públicas tiene **tres elementos** estructurales muy definidos: **1.** Un trabajo publico (esfuerzo material que realiza el Estado directa o indirectamente). **2.** De cambio sobre un bien inmueble (segundo elemento insustituible). **3.** Con un interés público.

El contrato de obras públicas ha tenido tres (3) ciclos distintos.

El Decreto 150/76, lo concibió o definió por su objeto y por su precio.

Por su objeto lo clasificó en contrato de estudios (los diseños, prefactibilidad, factibilidad –todo en donde hay un aporte mental); contrato de construcción (aporte estrictamente material, el aspecto de modificación del inmueble. Pero no solamente la construcción, sino las modificaciones al bien inmueble, como remodelación, adiciones, mentoras, restauración conservación y transformación en general al bien inmueble). Creo el contrato de interventoría.

Por su precio, lo clasificó en cinco (5) así: **1. A Precio unitario**, cuando el valor se pactaba por unidades de obra, asumiendo el contratista por su cuenta y riesgo toda la construcción (Ej., a tal cantidad por metro cuadrado de construcción y el valor total será el que resulte de multiplicar el total de metros cuadrados construidos por el precio unitario señalado. **2. Precio global.** Donde están implícitos todos los conceptos. **3.** Incluyeron aquí en forma indebida el **de Administración**, que hoy se llama de Gerencia de obra. **4. De Llave en mano** o reembolso de gastos. El contratista se encargaba no solamente de hacer la obra, sino de prestar el dinero para los pagos que luego le reembolsaban. **5. Concesión** que en ese entonces, era modalidad de pago, no era contrato pero, en ese entonces la concesión estaba dedicada solamente a las obras públicas.

El Decreto 222 de 1983, Creo un contrato nuevo, tomando el de estudios que se llamó contrato de Consultoría en obras publicas y lo convirtió en contrato accesorio de obras públicas.

La Ley 80 de 1993 **1.** Dejo el contrato de Consultoría como contrato independiente, no como contrato accesorio. Contrato de consultoría orientado hacia la inversión. **2.** Suprimió al Contrato de Administración Delegada como forma de pago y lo convirtió en Gerencia de Obra como una modalidad de la consultoría. **3.** Quito la modalidad de pago de la Concesión y convirtió la Concesión no como modalidad de pago sino como Contrato independiente.

Hoy día el contrato de Obras Públicas es solamente el que esta referido a la construcción, llámese construcción, remodelación, conservación, o sea de orientación eminentemente materialista. Si es de mayor cuantía tendrá todas las condiciones de formalidades plenas y se adjudicará por licitación. Si es de menor cuantía se llamará “Orden de Trabajo” y se adjudicará directamente dentro del esquema procedimental establecido en el Decreto 855.

La forma de pago prácticamente reducida a precio unitario y global y al sistema llave en mano.

Surge un nuevo contrato que es el contrato de concesión, pero con contenido y efectos diferentes frente al contrato minero.