

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

**ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**DIAGNÓSTICO DE LOS CONTRATOS DE OBRA DE MÍNIMA
CUANTÍA, PROCEDIMIENTOS Y CONSECUENCIAS**

**GARRIDO RODRÍGUEZ JOHNNY
EFRÉN FERNANDO MORENO ZAMORA
ENA CARPINTERO PERTUZ**

**BOGOTÁ D.C.
2016**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
1. PROYECTO INVESTIGATIVO.....	5
1.1 Área Problemática.....	5
1.1.1 <i>Proposiciones.</i>	5
1.1.2 <i>Problema.</i>	6
1.2 Justificación.....	6
1.3 Hipótesis.....	7
1.4 Objetivos	7
1.4.1 <i>General.</i>	7
1.4.2 <i>Objetivos Específicos.</i>	7
2. ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS	8
2.1 RAI 1°	8
2.1.1 <i>Análisis.</i>	9
2.1.2 <i>Conclusiones del autor.</i>	12
2.2 RAI 2°	14
2.2.1 <i>Análisis.</i>	15
2.2.2 <i>Conclusiones del autor.</i>	17
3. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL.....	18
3.1 Contexto Jurídico de la Modalidad de Minina Cuantía.....	18
3.2.1 <i>Historia.</i>	25
3.2.2 <i>Definición.</i>	28
3.3 Principios de la Contratación Estatal	28

3.3.1 El principio de transparencia.....	28
3.3.2 Principio de economía.....	29
3.3.3 El principio de responsabilidad.....	30
3.3.4 Principio de selección objetiva.....	31
3.3.5 El principio de la buena fe.....	31
3.3.6 El principio de igualdad.....	31
3.3.7 El principio de Planeación.....	32
3.4 Responsabilidad por Fraccionamiento de Contratos Estatales.....	33
3.4.1 Conclusión.....	34
3.4.2 Propuesta.....	34
3.5 Efectos de los Contratos de Mínima Cuantía y su Relación con la Corrupción	35
3.5.1 Causas de la corrupción.....	38
3.5.2 Los costos de la corrupción.....	39
3.5.3 Mecanismos contra la corrupción.....	40
CONCLUSIONES.....	45
PROPUESTA	46
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUCCIÓN

El presente proyecto de investigación supone un acercamiento a la realidad palpable de nuestro país, siendo la corrupción el principal problema que azota nuestra nación.

Según una reciente encuesta del Barómetro de las Américas, una iniciativa de (lapop), Opinión Pública de América Latina, que busca dimensionar el grado de corrupción de los países congregados, dio como resultado que Colombia es el segundo país de percepción de la corrupción con una puntuación de 79, 6 en una escala de 0 a 100, abominable. Por este antecedente es menester la presente investigación.

La contratación estatal es el principal foco de este antaño fenómeno, ya que es el mecanismo para desarrollar y ejecutar los planes y programas diseñados por las administraciones.

La mínima cuantía es una modalidad de seleccionar a un contratista teniendo en cuenta unos factores de bajo rango, y con la principal característica de escoger la oferta de menor valor, previo cumplimiento de requisitos ínfimos. Por este poco formalismo y montos “diminutos”, valores que no superen el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de las entidades estatales, se convirtió en el vehículo asiduo para fragmentar presupuestos y cumplir con todos los compromisos políticos anteriormente adquiridos de forma ágil y evadiendo formalidades de procesos más dispendiosos como las licitaciones, subastas, etc, dejando desvirtuados los principios de la contratación estatal, como la transparencia, selección objetiva y planeación.

En este sentido la investigación que nos atañe pretende analizar las causas y consecuencia de este vicio que se ha vuelto tan habitual en el ámbito de la contratación estatal.

1. PROYECTO INVESTIGATIVO

1.1 Área Problemática

1.1.1 *Proposiciones.*

La contratación por el método de mínima cuantía trae efectos negativos para el ente contratante cuanto se fraccionan los recursos provenientes para un proyecto. (NEGATIVA). ¿Por qué el fraccionamiento de contratos no es aconsejable para una administración pública? (Interrogativa).

La contratación de mínima cuantía resuelve problemas pequeños en la administración pública por su rapidez y facilidad para su contratación. (Afirmativa). Será la contratación de mínima cuantía la mejor decisión que puede tener una administración para fraccionar un proyecto. (Dubitativa)

1.1.2 *Categorías.*

Categorías que se manejan a través de las proposiciones:

- a. Contratación de mínima cuantía en la administración pública
- b. Planes, programas y proyectos en materia de contratación pública
- c. Ejecución de obras de menor valor
- d. Problemática jurídica por la celebración indebida de contrato
- e. Fraccionamiento de contratos
- f. Fallas y vacíos en la aplicación de la norma
- g. Procesos adecuados de contratación
- h. Necesidad de resolver inquietudes de la comunidad

- i. Método adecuado de contratación
- j. Es recomendado llevar a cabo contratos pequeños para resolver un problema mayor

Se tiene la problemática de que si es recomendable llevar a cabo este tipo de contratación con el fin de evitar un proceso licitatorio.

Es claro que lo más aconsejable es llevar a cabo este tipo de contratación en el caso en el que se vaya a solucionar un problema pequeño en especial pero siempre y cuando se lleva a cabo de acuerdo a la norma y en el caso de que sea un proyecto grande llevar a cabo la contratación necesaria según su monto y así evitar un posible fraccionamiento de contratos y por ende una sanción disciplinaria.

1.1.2 Problema.

Es recomendable llevar a cabo este tipo de contratación con el fin de evitar un proceso licitatorio.

1.2 Justificación

Se observa que la modalidad de selección de mínima cuantía, en la actualidad se ha convertido en el método más factible en el campo de la contratación debido a la celeridad con la cual se tramita. A lo anterior dicho método suplen las necesidades básicas de la administración.

Sin embargo, por su común utilización facilita el fraccionamiento de contratos con el mismo objeto y por ende evitar el proceso adecuado.

1.3 Hipótesis

Es claro que lo más aconsejable es llevar a cabo este tipo de contratación en el caso en el que se vaya a solucionar un problema pequeño en especial pero siempre y cuando se lleva a cabo de acuerdo a la norma y en el caso de que sea un proyecto grande llevar a cabo la contratación necesaria según su monto y así evitar un posible fraccionamiento de contratos y por ende una sanción disciplinaria.

1.4 Objetivos

1.4.1 General. Analizar las consecuencias que trae para una administración llevar a cabo la contratación de mínima cuantía de forma inadecuada y en otros casos dentro de un proyecto cuyo monto supera el valor reglamentado para la celebración de contratos de mínima cuantía.

1.4.2 Objetivos Específicos.

- Estudiar el contexto jurídico de los contratos de mínima cuantía.
- Analizar las sanciones a las que puede estar expuesta una administración en el momento que sea detectada por algún ente controlador de justicia al momento de comprobar un fraccionamiento de contratos.
- Evaluar los efectos que conlleva la celebración de la contratación de mínima cuantía en el pago de favores políticos anteriormente adquiridos.

2. ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

2.1 RAI 1°

Ramírez Quijano Lola (2014) en su trabajo de investigación titulado *Supervisión de los contratos estatales en los órganos de las ramas legislativa y judicial*, plantea el siguiente problema: “la Ley 1474 de 2011, como norma innovadora en materia de supervisión e interventoría, constituye actualmente el mecanismo legal más útil para el control y la vigilancia en los procesos de contratación pública desarrollados en las entidades estatales, o si, por el contrario, es imposible prescindir de los denominados Manuales para garantizar la función de vigilancia y control en las distintas etapas del contrato estatal.”

Como objetivo principal la autora se plantea realizar un análisis comparativo de los instrumentos adoptados al interior de cada entidad pública, para así determinar si éstos son eficientes y eficaces, para materializar las figuras jurídicas del supervisor e interventor como herramientas minimizadoras de la corrupción en la contratación estatal.

Como hipótesis formuló que “Ante la escasa normatividad legal y reglamentaria que existe en materia de supervisión e interventoría aplicable a los contratos estatales, las entidades que integran los órganos de las ramas legislativa y judicial son impulsadas a implementar sus propios mecanismos de control y vigilancia, garantizando, en su buen juicio, la correcta ejecución del contrato estatal en cada una de sus etapas, hasta su culminación satisfactoria, por lo cual, internamente, dichas entidades se obligan a suplir esta ausencia normativa a través de la autorregulación, pero corriendo un alto riesgo de apartarse de la unidad en el criterio jurídico que

deben guardar entre sí todos los procedimientos de vigilancia y control, acogido propiamente en cada organismo”.

Vale la pena resaltar y reconocerle a las entidades la labor que actualmente adelantan de examinar las novedades suscitadas sobre supervisión e interventoría que introdujo la Ley 1474 de 2011 en la materia, con miras a realizar sus respectivos ajustes.

2.1.1 Análisis. En este orden de ideas, se resumen los argumentos de la autora de la siguiente manera:

Es indiscutible la exigencia reiterada al Estado para evolucionar sobre las nociones de las conductas, obligaciones, funciones, facultades y prohibiciones que se predicen de los servidores públicos y particulares que intervienen en las acciones públicas, de manera especial en lo concerniente a la contratación administrativa.

En este contexto se ha procurado siempre atender los fines constitucionales y legales incluidos en todos los procesos contractuales de las entidades públicas en cuanto a su resultado sobre el conglomerado social, buscando, en todo caso, reducir aún más la brecha existente entre los resultados que se esperan y los realmente obtenidos de dicha actuación y, de ser conveniente, ir ajustándola a las providencias, criterios y propósitos que le han sido legal y éticamente trazados, en el marco del negocio jurídico formal entre contratante Estado-entidad y contratista particular.

Al ser el Estado el mayor sujeto contratante en el nivel de número de negocios jurídicos celebrados en el país—por lo que el replanteamiento de las formas y los procedimientos utilizados para la contratación no ha sido escaso—, se insiste en la importancia que debe conferírsele a la supervisión de la contratación pública, con el propósito de alcanzar los fines

formulados por la Constitución, dado que los ámbitos afectados por la contratación son, entre otros, la hacienda pública, la responsabilidad del Estado y de sus servidores públicos y las relaciones con los conciudadanos.

El tema de la supervisión resulta tan delicado que es ahí donde radica la importancia y necesidad de enmarcarla en una ley que regule tal aspecto. Ello debe darse incluso desde el inicio mismo de la etapa pre-contractual de los procesos de contratación desarrollados por las entidades, para brindar de este modo la posibilidad de entender que todas las actividades en torno a las cuales se desenvuelve la contratación pública llevan inmersa la función supervisora; no en vano obligatoriamente es vigilado y evaluado su nivel de cumplimiento por organismos de control que a la vez fueron creados exclusivamente para velar por la buena administración de los recursos del erario, garantizando así el cumplimiento de los fines sociales del Estado.

Se encuentran distintas formas de regularizar los procesos de las entidades que fueron objeto de estudio (las ramas legislativa y judicial), que, amparadas en la facultad que les fue otorgada por la Ley 80 de 1993, *motu proprio*, diseñaron y adoptaron sus propios mecanismos regulatorios para la actividad de supervisión contractual, a través de documentos denominados de diversas maneras, cuyo contenido integra lineamientos y directrices claros para el ejercicio de esta actividad de vigilancia y control. Por tal razón se estima prudente señalar en síntesis cómo se hizo en cada organismo objeto del presente trabajo de investigación.

El Senado de la República acogió el Manual práctico para ejercer la supervisión en los contratos^{II} con el objeto de viabilizar y tornar más ágiles y transparentes los procesos de contratación que lleva a cabo este organismo del nivel legislativo. Este manual provee a supervisores e interventores guías a ser utilizadas para facilitar de algún modo el buen desempeño de la labor de control y vigilancia, en razón a que las mismas se pueden adecuar a la

particularidad de cada situación que surja en el desarrollo, comprobándose así un mayor grado de avance en aspectos como la designación del supervisor y, de modo particular, la categorización de reglas de supervisión para los contratos enmarcados dentro del Artículo 355 de la Constitución Política, por lo cual dicho instrumento jurídico es de los más completos en relación con los demás analizados en materia de supervisión.

Cámara de Representantes: En el Manual General de Contratación^{ll} la entidad se ocupó principalmente de delimitar e incorporar el alcance de la actividad de vigilancia y control que ejercen supervisores e interventores con independencia de la clase y naturaleza del contrato a celebrar. No obstante, se critica el hecho de que en materia de obligaciones a los supervisores les son aplicables las mismas cargas y responsabilidades que a los servidores públicos, por los que ante la ley se hacen responsables disciplinaria, civil y penalmente.

Consejo Superior de la Judicatura: Implementó inicialmente el documento: —Procedimiento para la Supervisión de los Contratos^{ll}, mediante el cual las bases normativas y procedimentales estaban contenidas en parámetros generales y sin ningún miramiento de especificidad en la materia; luego, dada la importancia de desarrollar mejor el tema de la supervisión del contrato y de garantizar su ejercicio responsablemente, adoptó el —Manual de Contratación^{ll}. Ambos instrumentos, si bien impulsaron la creación de alertas respecto de las conductas irregulares del contratista durante la evolución del contrato, no otorgan suficiente garantía de cumplimiento satisfactorio del objeto contractual debido a falencias por parte de la entidad puesto que no prevén para quien está ejerciendo la supervisión o la interventoría las medidas necesarias para sancionar al contratista en caso de no cumplir con acciones derivadas de las obligaciones convenidas en el contrato y sin previo aviso.

Fiscalía General de la Nación: Mediante la adopción de un manual de contratación el organismo puntualizó, en las disposiciones del capítulo séptimo, el marco normativo en el que se pueden desenvolver el supervisor y el interventor que atienden las funciones de vigilancia y control, funciones que, en virtud de su designación y/o contratación, estos sujetos deben cumplir en relación con el contrato vigilado.

Como resultado del instrumento analizado, se encontró que, a pesar de que en el mismo no se consigna ningún nivel de tratamiento a las funciones o actividades de tipo legal que deba ejercerse en la supervisión y/o interventoría, es posible entrever en general un fortalecimiento de los procesos de contratación de la FGN, y esto desde la etapa de planeación de los mismos.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses: A través del —Manual de procesos y procedimientos‖ particularizó en un sólo capítulo, denominado —Guía para la supervisión de contratos‖, lineamientos generales para ejercer la labor de supervisión e interventoría, instrumento del cual fue posible evidenciar debilidades en la aplicación de mecanismos de seguimiento y monitoreo existentes para la verificación del cumplimiento de los negocios jurídicos celebrados por la entidad.

2.1.2 Conclusiones del autor. Como conclusiones presenta las siguientes:

En la práctica, los procedimientos mediante los cuales se ejerce la vigilancia son más o menos similares entre las entidades que fueron objeto del presente estudio.

Así mismo, luego de haber analizado cada una de las disposiciones referentes a la supervisión de los contratos de las entidades que corresponden a este trabajo, es posible afirmar que existen tantos manuales de supervisión como entidades públicas; sus contenidos,

esencialmente, son útiles en buena parte y guardan relación de conexidad entre uno y otro en razón de la materia y los aspectos que regulan.

Cada entidad estatal, en atención a sus necesidades, elige con qué nivel de profundidad le resulta más conveniente regular la actividad de la interventoría, aunque el rasgo común, a pesar de la mayor o menor extensión de los instructivos, ha sido la remisión a las disposiciones legales sobre la contratación administrativa, destacándose la responsabilidad de los contratistas en su condición excepcional de servidores públicos en lo penal, disciplinario y fiscal.

Del mismo modo, las múltiples funciones que debe cumplir el supervisor se encuentran señaladas en todos los manuales, entre las cuales se resaltan las de carácter jurídico, que coinciden en que en todos los organismos analizados están relacionadas con la obligación de suscribir las actas de las distintas etapas contractuales junto con los contratistas vigilados.

No todos los manuales incluyen las funciones de carácter administrativo y siempre se evidenció un escaso grado de desarrollo porque siempre están relacionadas con los mismos aspectos de (I) la organización de los documentos de legalización del contrato, (II) la verificación constante de la vigencia de las pólizas de garantías, (III) la gestión y transparencia de los pagos al contratista por parte de la entidad a medida que se va ejecutando el objeto contratado, (IV) la elaboración y presentación de informes requeridos por los entes de control, (V) el seguimiento a la correspondencia que se dé entre las partes o con ocasión del desarrollo del contrato.

La función del supervisor debe ser esencialmente preventiva para lograr una mayor economía en el éxito del desarrollo del contrato, lo cual quiere decir que este siempre deberá estar atento a evitar el efecto lesivo de un posible incumplimiento total o parcial del contratista respecto del objeto contratado.

Las entidades públicas, al celebrar los contratos de interventoría o al emitir los actos mediante los cuales se designa en un servidor público la misión de supervisar un contrato principal pueden, en todos los eventos, realizar un ejercicio reflexivo previo que permita establecer las funciones del supervisor o del interventor para cada caso, siendo de cualquier manera indispensable la construcción e implementación de un sistema estándar de vigilancia y control.

Ante la escasa y débil legislación existente en el país para librar batallas jurídicas derivadas de los conflictos a causa de una deficiente labor de supervisión, se evidencia de manera fuerte la necesidad de concentrar y unificar todos los procesos en un régimen igual de supervisión del contrato estatal que supla las necesidades regulatorias al interior de cada una de las entidades.

2.2 RAI 2°

Balceró Gómez Edwin Stivel y Sarmiento Camacho Miguel Jerónimo (2014) en su “Análisis de las limitaciones jurídicas en la contratación de obra pública para empresas pequeñas del sector de la construcción en la ciudad de Bogotá DC, durante los últimos tres años” plantea el siguiente problema: “¿Cuáles son las limitantes jurídicas en la contratación de obra pública para empresas pequeñas del sector de la construcción en la ciudad de Bogotá DC, durante los últimos tres años (2012, 2013 y 2014)?”.

Como objetivo principal el autor propone realizar una investigación del marco legislativo que regula la contratación de obra pública en el sector de la construcción y que limitan la contratación de obra pública, de las empresas pequeñas en el sector.

Formuló como hipótesis que “Existe en el campo legal una definida normalización que regula la contratación con el Distrito Capital, en la actualidad se poseen normas más rigurosas como las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, 1682 de 2013 y la Ley 1508 de 2012. Sin embargo, en Colombia las pequeñas empresas constructoras, se enfrentan a limitadas posibilidades para crecer, debido a normas vigentes tales como las anteriormente mencionadas; ya que estas de forma rigurosa imposibilitan el crecimiento de las mismas y el marco de contratación pública”.

La naturaleza de un Estado Social de Derecho, participativo y pluralista, sería el brindar a la sociedad Colombiana (empresas pequeñas y medianas del Estado) una posibilidad de crecer, de expandirse como empresa, brindar empleo en todo el Territorio Nacional.

Para ello sería de gran ayuda que nuestros legisladores de forma específica y concreta se acordaran de aquellos colombianos que quieren contribuir con el crecimiento de macroeconómico nuestro país haciendo empresa.

No toda empresa pequeña tiene el musculo financiero, operario y técnico para poder llevar a su culminación el desarrollo y ejecución contractual de un contrato en donde sus obligaciones son de obligatorio cumplimiento.

2.2.1 Análisis. El Estado Colombiano tiene como fin satisfacer las necesidades de sus habitantes y para cumplir con este objetivo, puede optar por hacerlo de forma directa si esta dentro de sus capacidades o a través de terceros que garanticen la ejecución de las acciones. Es por esta razón que mediante los mecanismos de contratación pública las Mipymes ya sean nacionales o extranjeras pueden participar y dar solución a las necesidades de la población.

El sistema económico de la nación, se encuentra soportado en su mayoría por Mipymes y según cifras de la cámara de comercio de Bogotá el 25% están ubicadas en la ciudad capital, es por esto que el estudio se delimita en esta importante zona del país.

Tomada la contratación de obra pública como base de esta investigación, se debe conocer el contenido de la ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la Administración Pública”, y sus modificaciones dadas en ley 1150 del 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos” y a su vez el Decreto 1510 de 2013.

Bajo la temática que se estudia en esta investigación y basados en la realidad que se vive en el país dada la falta de ética y compromiso por parte de los entes del estado que buscan como evadir el reconocimiento y aplicación de las normas buscando interpretarlas de manera que se favorezcan los intereses de unos pocos, se pretende examinar cuáles son las limitaciones jurídicas en la contratación de obra pública para la participación de las Mipymes.

Basados en lo anterior para el desarrollo de este trabajo, se realizó una revisión e investigación del marco legal vigente contemplando la jerarquía de las normas, para identificar y concluir cuáles forjan con su contenido algún tipo de limitante para que las Mipymes participen de manera efectiva en la contratación de obra pública.

Debido a la problemática que se presenta cuando las micro, pequeñas y medianas empresas ensayan contratar con el estado y se desafían a un sin número de dificultades desde su creación, surge la necesidad de identificar las limitaciones que se presentan en la legislación, con el fin de que estas sean expuestas y evitar que la contratación sea utilizada en beneficio de unos pocos.

En Colombia existen una gran cantidad de empresas pequeñas que son “Mipymes”, Micro, medianas que generan empleos en todo el Territorio Nacional, siendo Bogotá el mayor generador de empleo. En donde se encuentra la construcción como el sector de mayor flujo a nivel laboral, siendo este el más importante para el desarrollo económico del país.

Las edificaciones crecieron respecto al año anterior en un 7.9% y las obras civiles en un 24.8%. Este sector da en su mayoría respuestas a las necesidades generadas por la comunidad en un país donde el desempleo aumenta de forma desmesurada, cifras aportadas por (Departamento Administrativo Nacional De Estadística “DANE”).

2.2.2 Conclusiones del autor. Como conclusiones presenta las siguientes:

Al realizar el estudio de la normatividad se evidencia que las mismas buscan poner a las empresas como entidades proponentes en igualdad de condiciones a la hora de realizar licitaciones con alguna entidad pública.

Las empresas se pueden ver afectadas teniendo en cuenta que las normas regulatorias son leyes ordinarias, las cuales pueden ser modificadas constantemente. Lo que afectaría algún proceso contractual.

Teniendo en cuenta la transición de normas que rigen la contratación pública en el distrito, las pequeñas empresas se ven afectadas ya que no cuentan con un rubro destinado a una persona dedicada a la comprensión y aplicación de la normatividad.

La normatividad de la contratación, está en constante reforma lo que genera la aparición de nuevas leyes y decretos, derogando artículos y generando a las empresas una constante transición de norma a norma. Así mismo, también dichas disposiciones manejan una metodología y lenguaje muy legislativo lo cual puede presentar confusiones al momento de aplicar la norma ya que estas no cuentan con un lenguaje más entendible para los interesados.

Por último los autores hacen las siguientes recomendaciones:

Fortalecer la legislación en contratación pública, para garantizar la transparencia e igualdad de condiciones para los proponentes de beneficiando a la participación de las Mipymes.

El estado debe garantizar que las Mipymes participen de manera efectiva en la contratación de obra pública, ya que en Colombia constituyen la principal fuente de generación de empleo, y son parte fundamental del sistema económico del país.

Dar más tiempo de vigencia a la normatividad existente para que las empresas puedan implementar y entender la legislación actual.

3. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

3.1 Contexto Jurídico de la Modalidad de Mínima Cuantía

Analizando el apéndice jurídico de la mínima cuantía, en las distintas normas que lo desarrollan podemos rescatar los siguientes antecedentes: es un procedimiento práctico y rápido para escoger al oferente en la adquisición de los bienes, obras y servicios en donde el valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidades Estatales. Este método raudo de selección tiene menos formalidades que las demás, una de sus principales características de la mínima cuantía es que es aplicable a todos los objetos de contratación cuando el presupuesto oficial del contrato sea inferior o igual a la mínima cuantía de la Entidad Estatal, sin importar la naturaleza del contrato.

La ley 1474 de 2011 en su artículo 94 trae consigo la implementación de esta nueva modalidad contractual y se la anexa al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pensando en agilizar

mediante una nueva tipología contractual la eficacia y aceleración de las entidades estatales en sus procesos, esta ley lo desarrolla ligeramente de esta manera:

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;
- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil.
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas.
- d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

PARÁGRAFO 1o. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2o. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. (Ley 1150 de 2007)

Según Colombia Compra Eficiente; entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, la documentación en la etapa precontractual de la mínima cuantía se especifica de esta manera:

- **Estudios previos.**

1. La descripción sucinta de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios.
3. Las condiciones técnicas exigidas.
4. El valor estimado del contrato y su justificación.
5. El plazo de ejecución del contrato.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación. De haberse previsto, las garantías exigibles al contratista.
- 7- Forma de pago, de haberse previsto un plazo por parte de la Entidad Estatal.

- **Invitación a participar.**

1. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios.
2. Las condiciones técnicas exigidas.
3. El valor estimado del contrato y su justificación.
4. La forma de acreditar la capacidad jurídica.
5. La forma de acreditar la experiencia mínima, de haberse exigido.
6. La forma de acreditar el cumplimiento de las condiciones técnicas.
7. La capacidad financiera mínima y forma de verificar su cumplimiento cuando no se haga pago contra entrega de la obra, bien o servicio.
8. El Cronograma.
9. El plazo o condiciones del pago a cargo de la Entidad Estatal.
10. La indicación del requerimiento de garantías, cuando estas son exigidas.

- **Acta de cierre del Proceso de Contratación.**

Es el documento elaborado por la Entidad Estatal para dejar constancia de la presentación de las ofertas en el cual debe constar el nombre del oferente y la hora de presentación de la oferta. La Entidad Estatal debe publicar en el SECOP el acta de cierre en la oportunidad establecida para el efecto en el Cronograma del Proceso de Contratación y si en este no se estableció la fecha correspondiente debe publicarse a más tardar el día hábil siguiente a la fecha de presentación de las ofertas.

- **Solicitud para subsanar documentos.**

La Entidad Estatal puede solicitar a los proponentes subsanar inconsistencias o errores, siempre y cuando la corrección de las inconsistencias o de los errores no represente una reformulación de la oferta.

- **Informe de evaluación.**

El informe de evaluación debe indicar si el oferente cumplió con los requisitos habilitantes o de otro tipo establecidos en la invitación a participar, el valor de su oferta y la fecha y hora de presentación de la oferta.

- **Comunicación de aceptación de la oferta.**

La Entidad Estatal debe aceptar la oferta del oferente que haya cumplido con los requisitos establecidos en la invitación y que haya ofrecido el precio más bajo, mediante documento electrónico o físico. En el documento de aceptación, la Entidad Estatal debe indicar el supervisor del contrato. Si hay empate, la Entidad debe aceptar la oferta presentada primero en el tiempo. La oferta y la comunicación de aceptación de la misma conforman el contrato y los dos documentos deben ser publicados en el SECOP en la fecha establecida en el Cronograma y si esta no fue establecida se recomienda publicar el día hábil siguiente a la adjudicación. La comunicación de aceptación de la oferta es el acto de adjudicación.

- **Ejecución del contrato.**

La etapa de ejecución inicia con la celebración del contrato y se extiende hasta el cumplimiento del objeto contractual. La Entidad Estatal debe ejercer la supervisión del contrato para establecer si se cumplieron a cabalidad las obligaciones pactadas.

- **Características esenciales de la modalidad de selección de mínima cuantía.**

Precio: previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad estatal en los estudios previos e invitación, el menor precio es el factor de selección del proponente. Es decir, la Entidad Estatal deberá adjudicar el Proceso de Contratación al oferente que cumpla con todas las condiciones exigidas por la Entidad Estatal en los Documentos del Proceso (estudios previos e invitación a participar), y que ofrezca el menor valor. No hay lugar a puntajes para evaluar las ofertas sobre las características del objeto a contratar, su calidad o condiciones.

La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple con las condiciones de la invitación, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.

- **Abolición de formalidades.**

En esta modalidad contractual la entidad estatal no deberá solicitar al proponente las siguientes formalidades: Registro Único de Proponentes: en esta modalidad los oferentes no

están sujetos a acreditar que están inscritos en el Registro Único de Proponentes – RUP – ni a presentar la certificación correspondiente.

Contenido mínimo de los estudios y documentos previos, aviso de convocatoria y de los pliegos de condiciones. En la modalidad de selección de mínima cuantía no se deben exigir los requisitos previstos de forma general para los estudios y documentos previos, el aviso de convocatoria y los pliegos de condiciones, enunciados en el Decreto 1082 de 2015.

Incentivos a la industria nacional. Los incentivos a la industria nacional regulados por la Ley 816 de 2003 y por el Decreto 1082 de 2015 no son aplicables a la modalidad de selección de mínima cuantía. Es decir no hay lugar a definir fórmulas de puntuación con ocasión del origen de los bienes y servicios.

Convocatoria limitada a Mipymes. En esta modalidad de selección de mínima cuantía no hay lugar a la solicitud de limitar la convocatoria a Mipymes en los términos de la Ley 1150 de 2007, que fue modificado por la Ley 1450 de 2011, y el Decreto 1082 de 2015.

Capacidad Residual para contratos de obra pública. En los Procesos de Contratación de obra pública en la modalidad de selección de mínima cuantía, la Entidad Estatal no debe establecer Capacidad Residual o K de Contratación ni requerirla a los oferentes.

Formalidades del contrato. En la modalidad de selección de mínima cuantía, el acuerdo de voluntades entre la Entidad Estatal y el contratista lo constituyen: (a) la oferta presentada por el proponente; y (b) la comunicación de la Entidad Estatal en la cual acepta la oferta. Por esta razón los Documentos del Proceso deben ser completos en la definición de la necesidad de la Entidad Estatal, el objeto del contrato, la cantidad y calidad de los bienes o servicios, las características técnicas, garantías de funcionamiento y todas las condiciones necesarias para verificar el cumplimiento de los términos exigidos por la Entidad Estatal para que el oferente

quede obligado con la presentación de la oferta a satisfacer a cabalidad la necesidad de la Entidad Estatal.

Garantías: Las Entidades Estatales no están obligadas a exigir garantías en los Procesos de Contratación de mínima cuantía. Si la Entidad Estatal decide exigir garantías en los procesos de selección de mínima cuantía debe ser una consecuencia del Riesgo del Proceso de Contratación y del sector económico al cual pertenecen los posibles oferentes.

Plazos del Proceso de Contratación de mínima cuantía:

Los términos del Proceso de Contratación de mínima cuantía son más cortos que los establecidos para las demás modalidades de selección. El término para presentar ofertas es de por lo menos un día hábil contado a partir de la publicación de la invitación y naturalmente la invitación debe estar publicada por lo menos durante un día hábil.

El decreto 1082 del 26 de mayo de 2015 que compila la normatividad existente del sector administrativo de planeación nacional, reúne todo lo anteriormente expuesto subsección quinta.

3.2 Fraccionamiento de un Contrato Estatal

3.2.1 Historia.

El fraccionamiento de los contratos estatales no está prohibido o regulado en la legislación colombiana, pero hay pequeños rastros en la historia donde se plasma de forma clara su prohibición.

Para ello es preciso remitirse al artículo 44 del Decreto 150 de 1976, del cual reza lo siguiente: “De la prohibición de fraccionar los contratos. En ningún caso podrán fraccionarse los contratos, se considera que hay fraccionamiento cuando se suscriben dos o más contratos entre

las mismas partes, dentro de un período de tres meses, con un mismo objeto”.

Así mismo el artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983, recuerda tal prohibición y aumenta el periodo para celebrar contratos a seis (6) meses. Esto quiere decir que en años atrás se pensaba en la figura del “fraccionamiento de un contrato estatal”, que no podía quebrantar la norma y mucho menos pensar en un beneficio de un ente Territorial o Distrital.

Es importante resaltar grandes tratadistas como Warner Cascante Salas que en 1999, considera que el “fraccionamiento es un vicio administrativo, donde consiste en fraccionar operaciones respecto de necesidades previsibles, con el propósito de evadir los procedimientos normales u ordinarios de contratación administrativa”.

Un fraccionamiento de un contrato estatal se tiene como ilícito, cuando se cuenta con los recursos presupuestales debidamente financiados, pero para ello es supremamente importante que se tenga clara y prevista la necesidad administrativa.

Así mismo se plantea el tratadista dos elementos, primero: el propósito de evadir los procedimientos necesarios y normales de la contratación pública; segundo: se relaciona que a pesar de tener la conciencia de la necesidad de celebrar un contrato con un objeto determinado, con recursos suficientes para que se suscriba el contrato de mínima cuantía.

El catedrático Duarte en su columna del diario explica que al no estar definido el fraccionamiento del contrato en la legislación colombiana, no es una razón para evadir parámetros señalados por analogía en las sentencias del Consejo de Estado.

Se definen dos enfoques, el primero: En el fraccionamiento contractual puede no coincidir las dos partes en mismo lapso, el segundo: el valor de los contratos fraccionados sumado excedería la cuantía mínima estipulada por la norma y esto indicaría que violaron el debido proceso, evitando un proceso licitatorio.

Las definiciones de fraccionamiento conllevan a un criterio común contractual dadas hasta ahora por el Consejo de Estado y se violan cuando:

...Se celebran directamente varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso. Y eso es fraccionar lo que, en realidad, constituye un solo contrato, y eludir el cumplimiento de la Ley (...) Pero, ¿cuándo se trata de un mismo objeto? (...) La Ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho, en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto. (Consejo de Estado, 2000).

La Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre el fraccionamiento indebido de contratos conforme a lo siguiente.

En los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluír las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública” (Corte Suprema de Justicia, 2010).

3.2.2 Definición. El fraccionamiento de los contratos estatales en los procesos de mínima cuantía se genera cuando la entidad contratante ya sea de nivel (Nacional, Distrital o Departamental), evade un principio rector fundamental, que a mi juicio es el más importante de la contratación estatal, como es el principio de Transparencia que se encuentran consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Es decir que la entidad contratante divide el proyecto, en varios contratos y/o varios contratistas, sin ninguna justificación, evitando así que se lleve a cabo un proceso licitatorio, cercenando la participación de toda aquella persona natural o jurídica que se sienta en capacidad financiera y estructural para ofrecer un servicio de calidad con un valor justo para la entidad.

3.3 Principios de la Contratación Estatal

No es el objeto del presente trabajo, profundizar en el estudio de los principios de la contratación estatal; sin embargo, se deben analizar e identificar los principios con que se estaría en una breve exposición de estos, principalmente de aquellos que serían contrarios con la práctica del fraccionamiento contractual.

3.3.1 El principio de transparencia. Para el Consejo de Estado, el objeto del principio de transparencia es “garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades en la celebración de contratos con las entidades estatales y la selección objetiva del contratista, tanto en la precedida de licitación o concurso, como en la contratación directa”. (Consejo de Estado, 2001)

Así, el principio de transparencia se basa en tres puntos fundamentales, primero - En la escogencia del contratista: La Ley 80 vincula el principio de transparencia al proceso de selección. El artículo 24 de esta Ley preveía una variedad de modalidades de selección; el

artículo segundo de la Ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 24, establece que la escogencia del contratista “se efectuará siempre a través de licitación o concurso público”. Así, la licitación o concurso público, a partir de la Ley 1150 de 2007, se convierte en la regla general.

En virtud de este principio la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo los casos que taxativamente se fijan en los artículos 24 y 39 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994. En estos casos se podrá contratar directamente.

Segundo- En la publicidad de las actuaciones: El principio de transparencia de la contratación estatal está ligado al principio de publicidad consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política. La transparencia se traduce en la posibilidad de conocer y controvertir la actividad contractual y en el deber de expedir copias de las actuaciones el carácter público de las actuaciones.

Tercero- En la motivación de los actos administrativos expedidos en la actividad contractual o con ocasión de ella: aspecto que comprende, como es obvio, la prohibición de actuar con falsa motivación o desviación de poder y la prohibición, esta no tan obvia, de hacer referencia a nombres o cargos de las entidades estatales en los avisos relativos al proceso contractual.

3.3.2 Principio de economía. Los procesos de selección de contratistas deberán cumplir las etapas necesarias, la interpretación de la norma contractual, no debe dar lugar a que se sigan trámites diferentes adicionales en los procedimientos contractuales o a las providencias inhibitorias, los procedimientos estatales deben seguir los fines estatales, proveer la eficiencia de la prestación de un servicio público, en protección de los derechos de los administrados, los trámites se deben adelantar con austeridad de tiempo, medios y gasto, para así poder cumplir con el fin del Estado.

Para el Consejo de Estado es claro que el principio de economía en el estatuto contractual debe pretender garantizar: 1) La prevalencia de lo sustancial sobre lo formal o puramente adjetivo; 2) la verdadera y real planificación de las actividades de la Administración; 3) la eliminación de trámites innecesarios, demorados y engorrosos; 4) la optimización del tiempo y de los recursos de que dispone la Administración en todas a etapas del contrato; 5) la atención real y oportuna de las peticiones que formulen los contratistas; 6) la solución de las diferencias suscitadas en razón del contrato en la instancia administrativa, para evitar difíciles y costosos procesos judiciales. (Consejo de Estado, 2007)

3.3.3 El principio de responsabilidad. Los servidores públicos están obligados a perseguir “el cumplimiento de los fines de la contratación y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”. Así mismo, y como consecuencia del deber anterior, las entidades y los servidores públicos, de acuerdo a este principio, son responsables cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

Según el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la responsabilidad de la dirección y del manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección está en cabeza del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla.

3.3.4 Principio de selección objetiva. El artículo 29 de la Ley 80 define como selección objetiva aquella que privilegie “el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.

El Consejo de Estado ha señalado que el principio de selección objetiva no puede verse como un principio independiente de los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe, sino que debe entenderse que el principio de selección objetivo se sirve de ellos para cumplir su finalidad. (Consejo de Estado, 2007)

3.3.5 El principio de la buena fe. Según el artículo 83 de la Corte Constitucional, “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Este principio constitucional es también un principio orientador de la contratación estatal: no solo en la etapa de formación sino también en la de ejecución y liquidación del contrato.

El estatuto contractual menciona expresamente que el principio de la buena fe debe regir las actuaciones de los contratistas en las distintas etapas contractuales (artículo 5, numeral 2); el artículo 23 señala que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales del derecho, entre los que se cuenta el principio de la buena fe; el artículo 28, del que ya se mencionó, prevé que el principio de la buena fe debe ser un principio de interpretación de las normas sobre contratos estatales.

3.3.6 El principio de igualdad. El principio de igualdad está consagrado en el artículo trece de la Constitución Política. Estado debe promover las condiciones para que esa igualdad sea real y

efectiva. En ese espíritu, el artículo 209 superior consagra el principio de igualdad entre los principios de la función administrativa. En desarrollo de estas dos disposiciones constitucionales, la Ley 80 prevé que la selección de un contratista, cualquiera que sea el procedimiento que se adelante para ello, tiene como presupuesto la igualdad de todos los participantes.

3.3.7 El principio de Planeación. La decisión de la administración de contratar no debe ser improvisada ni debe considerarse como discrecional de las autoridades; sino que debe obedecer a las necesidades de la comunidad y debe ser el resultado de un concienzudo estudio, de la debida planeación y debe estar acompañada de la correspondiente previsión presupuestal. Este principio comporta, entonces, la elaboración, previamente al inicio de un procedimiento de selección, de estudios que persigan determinar la calidad del oferente.

Como no está prohibido el “fraccionamiento de un contrato” en nuestra legislación actual, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

Como dicha figura no aparece en el estatuto actual, es porque obedece a la estructura misma de la Ley 80, se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8o del artículo 24, del cual reza lo siguiente: “las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto. (Consejo de Estado, 2001 Citado por Moreno, 2014, p. 11.)

Es decir que los principios consagrados en la constitución y en la ley, “orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso.” Estos principios incorporan en el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado.” (Consejo de Estado, 2007 Citado por Moreno, 2014, p. 12.)

3.4 Responsabilidad por Fraccionamiento de Contratos Estatales

Es la responsabilidad de los funcionarios públicos que intervienen en el fraccionamiento del contrato cuyos elementos coinciden con los descritos en este trabajo.

El funcionario que incurra en este tipo de práctica es responsable disciplinariamente de una falta grave de acuerdo con el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) que dispone que son responsables por falta grave los funcionarios que participen en la etapa precontractual o en la actividad contractual “en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la Ley”.

El fraccionamiento contractual, hará responsable fiscalmente al funcionario que incurra en dicha práctica, en los términos de la Ley 600 de 2000, puesto que de acuerdo con lo previsto por el artículo 6 de dicha ley, el fraccionamiento contractual podría encuadrar dentro de lo que es definido como “Daño patrimonial al Estado”.

Asimismo podría encuadrar también dentro de las conductas descritas en los artículos 409 y 410 del Código Penal colombiano, puesto que, como se ha expuesto, el servidor público que incurre en dicha conducta lo hace en interés propio o de un tercero, no en el de la administración,

lo cual corresponde al tipo penal de “interés indebido en la celebración de contratos” descrito en el artículo 409.

Del mismo modo, al ser connatural al fraccionamiento de contratos la omisión de un procedimiento previsto por la ley para contratos que exceden cierta cuantía, esta conducta corresponde a la descrita en el artículo 410, es decir, “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales”.

3.4.1 Conclusión. Se concluye que los administradores no puedan interpretar artificiosamente las causales de la contratación que son taxativas en la norma, así como tampoco emplear figuras destinadas a violar los principios generales de la contratación, el hecho de no estar tipificado en la ley no lo excluye de sanciones consagradas en la norma, si bien es cierto que la contratación directa es permitida, no quiere decir que no se deban acatar los procedimientos plasmados en las modalidades de selección, y menos evadir una licitación en iguales condiciones para cada proponente.

El procedimiento licitatorio es la expresión reglada de los principios de la contratación estatal, la sola intención de evitarlo fraccionando un contrato que tiene por naturaleza el mismo objeto, denota la intención de burlar los principios de la contratación estatal y es por ello que el Consejo de Estado ha dicho en múltiples ocasiones que dicha práctica es contraria a la ley, y viciando de nulidad absoluta.

3.4.2 Propuesta. Una posible solución sería que el legislador fuera más exacto y directo con el tema del “fraccionamiento de los contratos”, que marcara las pausas sin temor de confusiones ni vacíos, dando los parámetros de legalidad y transparencia para una selección objetiva en un proceso de selección.

3.5 Efectos de los Contratos de Mínima Cuantía y su Relación con la Corrupción

De manera preliminar, es importante recordar que Colombia es un estado social de derecho que vela por los intereses de la población, desarrolla actividades contractuales que se deben proteger, garantizando que exista transparencia en todas las acciones, las cuales se deben desarrollar de manera equitativa y eficaz, con protección y vigilancia de los organismos de control, siguiendo una normatividad clara, para evitar la presencia de la corrupción en la contratación estatal, flagelo que frena el crecimiento económico y perpetua la pobreza; fenómeno influyente en el desarrollo, crecimiento y competitividad de un país, donde los ciudadanos pierden la fe en las instituciones y en sus dirigentes.

A su vez, la corrupción permea las instituciones a nivel nacional y a los entes territoriales, impidiendo el desarrollo y la inversión, creando escenarios de soborno y clientelismo, los cuales, impiden tener un sistema competitivo y proactivo; el ciudadano encuentra graves problemas relacionados con la ética y moral en el comportamiento de los empleados públicos, afectando el Estado, que debe tener un enfoque participativo y democrático (Serrano Cuervo, 2014).

La mala práctica de la corrupción, invade el país en todos los sectores de la economía, desaprovecha los enormes recursos, para invertir en educación, salud, infraestructura, tecnología de punta y desarrollo evitando el crecimiento del país y disminuyendo los niveles de rentabilidad de las empresas, construyendo un estado no competitivo y proactivo (Observatorio, 2015)

Como lo manifiesta Guarín (2013), la corrupción es una problemática no solo de los funcionarios públicos o de nuestros dirigentes; sino que se ha constituido en una especie de “epidemia” social evidenciada en los actos más simples de nuestra cotidianidad como cuando llamamos y celebramos el hecho de que la cajera del supermercado nos dé más cambio al

momento de efectuar alguna compra, o cuando intentamos deshacer de algún billetico falso pagando con él, aun sabiendo que no es válido. Esta epidemia necesita combatirse y atacarse desde su síntoma más evidente como lo es la máxima del dinero fácil, del camino más rápido, del silencio, de la tolerancia, de la permisividad, de la complicidad, de la indiferencia y de la ilegalidad en todas sus dimensiones; lo cual implica el diseño e implementación de estrategias de gran impacto a largo plazo; direccionadas a lograr un cambio cultural que promueva principios éticos y morales, el respeto por la dignidad humana, la honestidad, la legalidad, el predominio del bien común antes del particular y ante todo una nueva cultura que recupere la moralidad de los ciudadanos, desde su formación, desde la niñez, desde la escuela, desde las familias y principalmente desde el estado. (p. 8)

Por otra parte, en Colombia existe la Ley 80 del 28 de octubre de 1993, cuyo objeto es “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”. Dicha ley contempla las herramientas necesarias para que los servidores públicos del Estado, contraten de manera eficiente, transparente y pública; los bienes o servicios necesarios en las entidades estatales para su normal funcionamiento, cumpliendo con la misión de cada una de ellas. No obstante, en los últimos años se han evidenciado múltiples escándalos relacionados con actos de corrupción en los procesos de la contratación estatal, los cuales demuestran que existen vacíos que repercuten directamente en el desarrollo de la nación y en el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes (Martínez C.,; Ramírez M, 2006)

La referida ley establece además las diferentes modalidades de los procesos de contratación, así como los principios que la regulan; entre los que se encuentran la selección objetiva, igualdad, transparencia, economía, celeridad, publicidad, responsabilidad, eficacia, eficiencia y buena fe; los cuales serán expuestos dentro del documento para así lograr una mayor

comprensión de las falencias o vacíos en estos procedimientos que involucran el manejo de los recursos públicos.

Según Nancy Milena Zabala Mancipe (2011:93), de acuerdo a lo anterior, surge el interés en plasmar el presente análisis que busca no solo realizar un abordaje teórico de las generalidades de la referida Ley 80 de la Contratación Estatal en Colombia, sino determinar sus principales debilidades, las consecuencias de las mismas como lo son la corrupción, las afectaciones a la comunidad beneficiaria de los recursos y por ende la pérdida de credibilidad de la ciudadanía; para así finalmente, plantear alternativas que permitan mitigar dicha problemática o vacíos desde las diferentes etapas del proceso (precontractual, ejecución contractual y pos contractual).

Algunas de las falencias de la Ley 80 de 1993 que han sido observadas a lo largo de sus veintitrés años de vigencia (Aponte Díaz, Iiran: 2014) son:

- (I) Sus múltiples reglamentaciones exceptivas.
- (II) Las prácticas de contratación no sujetas a la Ley 80 a través de agencias de organismos multilaterales y/o Corrupción en la contratación pública en Colombia 18 de cooperativas, y aún de convenios interadministrativos.
- (III) La falta de verificaciones de la información y la calificación, suministradas por los proponentes al inscribirse en el Registro Único de Proponentes (RUP).
- (IV) La falta de centralización en la definición de políticas de contratación pública.

3.5.1 Causas de la corrupción. Gómez y Gallón (2000) identifican seis causas principales para la corrupción en Colombia. Primera: considerada como el determinante más importante de la corrupción “producto de la negligencia y la debilidad de los sistemas de planeación y control, se reduce la Corrupción en la contratación pública en Colombia calidad de los bienes y servicios prestado por las entidades públicas.

Segundo, la alta discrecionalidad en las decisiones de los funcionarios públicos, fundamentada en una cadena de actividades administrativas, que terminan dispensando la responsabilidad de estos obstáculos.

Tercero, el monopolio que aún existe para la prestación de ciertos servicios por parte del Estado, debido a la falta de transparencia y disponibilidad en la información de ciertos procedimientos que contribuyen a dificultar la claridad y la acción objetiva de los funcionarios públicos.

Cuarto, las débiles sanciones o castigos, son los mejores incentivos para actuar de manera inescrupulosa; las fallas en la legislación penal se deben a una falta de incentivos, la cual, estimula la corrupción.

Quinto, la existencia de bajos salarios públicos es un estímulo o invitación a incursionar y mantenerse en actividades corruptas en contra de los intereses de la institución para la que se trabaja.

Sexto, la burocracia clientelista, entendida esta por la sistemática sustitución de empleados públicos elegidos meritocráticamente por otros escogidos clientelistamente, como un elemento que degenera los principios de las burocracias estructuradas, permitiendo perpetuar a los funcionarios públicos en las instituciones públicas o sin ninguna experticia o conocimiento.

3.5.2 Los costos de la corrupción. La corrupción en la contratación pública ocasiona altos y graves costos que repercutan en lo político y social, dejando grandes secuelas que afectan la economía, al reducir la inversión, por la incertidumbre que causa, la ineficiencia, la falta de calidad, la baja productividad, que genera sobrecostos en las empresas, las cuales, son incapaces de cubrir, como resultado de las acciones intermediarias, producto de los sobornos, teniendo como resultado la baja inversión nacional e internacional.

Los más altos costos de transacción originados por los pagos extraoficiales realizados por los funcionarios públicos en los procesos de compras estatales, genera irregularidades en los procesos de contratación, sumadas a las pérdidas por incumplimiento y a las condiciones de incertidumbre; estos extra costos son trasladados a un mayor precio de los bienes y servicios transados (Juan Ruiz: 2013).

Según Williamson (1985), en los procesos de contratación se presentan los costos ex ante y otros denominados ex post. El primero, incorpora los costos de negociación (se refiere a los costos de elaboración de pliegos, publicación, estudio de la propuesta y adjudicación de la licitación, las cláusulas de salvaguardas y el componentes ex post, hace alusión a los costos de renegociación y ajuste del contrato original y cumplimiento, sin embargo, no contempla el costo generado por los sobornos en los procesos de contratación estatal, que incrementar los costos ex ante y/o ex post (p. 221).

3.5.3 Mecanismos contra la corrupción. La población colombiana debe sentarse a reflexionar sobre el comportamiento de sus líderes políticos, religiosos y aquellos entes de control y vigilancia, polares institucionales que imparten justicia, nada es tan desmoralizante ni tan costoso en medio de un conflicto social tan acentuado como el que vive el país, que la existencia generalizada de prácticas corruptas en el manejo de los dineros públicos, en particular dentro de los procesos de contratación estatal. Se plantea la necesidad de reconocer que el problema tiene características más profundas, que requiere soluciones estructurales, situación frente a la cual se sugieren algunas alternativas generales.

Según la lógica de las consideraciones de los beneficios y los costos, los programas contra la corrupción se basan en cuatro mecanismos:

- 1) “Reducir el número de transacciones en las cuales participan los funcionarios públicos.
- 2) Reducir los beneficios derivados de cada transacción corrupta.
- 3) Elevar la posibilidad de ser penalizado.
- 4) Elevar las penas por corrupción”. (Martínez & Ramírez, 2004, p. 15)

En cuanto a reducir los beneficios esperados, las posibles soluciones dependen de los factores que influyen las expectativas de los funcionarios públicos, particularmente el manejo que históricamente se le ha dado a los casos de corrupción, a la calidad del sistema judicial, a la fortaleza de las instituciones legales y a las posibilidades de manipular el sistema a través de reformas legales y de la interpretación velada de la legislación existente.

Con respecto a la penalización se recomienda como parte de un proceso con tres etapas: detección, procesamiento y penalización. Lo primero se puede lograr con una mayor

participación de la ciudadanía en el proceso electoral, estableciendo estándares para los servicios que la comunidad debe recibir, permitiendo la independencia de medios de comunicación, haciendo más transparente la relación entre lo público y lo privado, fortaleciendo los procesos legales.

Al respecto los autores Martínez & Ramírez (2004) manifiestan:

En el plano del procesamiento y penalización se requiere garantizar la independencia del sistema judicial y su transparencia. Además, claramente hay un problema de credibilidad y reputación que debe ser resuelto. Para ello es vital la independencia de los medios de comunicación. El incremento de las penas en una solución cuando son extremadamente bajas, pero tal vez más importante que ello es la clarificación de las mismas, cuando estas son ambiguas o cuando se prestan para la discrecionalidad de los jueces (, p. 27).

En el caso de las contrataciones del Estado, se debe analizar la conveniencia de indemnizar a los licitantes clasificados y mejor colocados cuando se demuestre que la empresa ganadora del contrato fue seleccionada irregularmente. El pago de las indemnizaciones lo debe realizar la empresa que abre la licitación, y la empresa favorecida debe de ser sancionada privándola de participar en futuras licitaciones. En este mismo orden de ideas, se hace necesario establecer incentivos para resaltar aquellos proyectos y contratos donde se demuestre transparencia en todas las fases del proyecto (pre inversión, inversión y desarrollo) y donde se observen los mejores resultados, pero también se requiere ofrecer otros incentivos adecuados que

permitan el esclarecimiento de la verdad en muchos de los casos de corrupción, que afectan a la sociedad en su conjunto.

Es claro que en cada situación, actualmente la verdad depende de quien la cuenta y de qué institución la investiga; por ello, es necesario considerar el ofrecimiento de inmunidad y sanciones limitadas, a cambio de la confesión pública de los actores, para saber en detalle cómo se llevan a cabo y quiénes están comprometidos en los desfalcos que se le están haciendo a la nación. Sería interesante que, a cambio de la muerte política de los responsables, se les ofrezca inmunidad en cuanto a los problemas penales que enfrentan los individuos comprometidos (políticos).

Se arreglaría que la devolución del dinero comprometido fuese suficiente para no tener un problema penal, los involucrados deben contarle al país cómo llevaron a cabo los ilícitos y que se pueda conocer quiénes son los responsables. De esta manera se podría dar claridad a las impresionantes relaciones que se tejen en cada caso, y no como hasta ahora, que se desconoce la conexión política, al tiempo que un puñado de funcionarios medios es ejemplarmente penalizado y criminalizado por recibir órdenes o por efecto de soborno (Martínez & Ramírez, 2004, p. 32).

Es necesario retomar también la experiencia de la lucha contra otros grupos delincuenciales. Así por ejemplo, se deben crear disposiciones legales para el decomiso de fondos y bienes provenientes de prácticas corruptas, cuando los bienes adquiridos sean producto de las actividades ilícitas del narcotráfico y lavado de dólares.

Los precitados autores Martínez Y Ramírez, concuerdan al respecto al expresar:

Se debe avanzar también en infiltrar las redes de corrupción para desestimularlas, divulgando información que el sistema corrupto prefiere mantener oculta,

documentando y divulgando las compras de casas, automóviles y artículos de lujo de los funcionarios públicos, todo esto a través de agentes secretos debidamente entrenados, para crear ambientes de desconfianza entre los corruptos. (p. 25)

Cuando la ley no rinde los frutos esperados, hay que pensar en que existen otros elementos predominantes, como bien lo ha enseñado Douglas North (1991), con su “caracterización de las reglas formales e informales”, siendo las segundas aquellas derivadas culturalmente e instituidas por la misma sociedad. Es por ello que en determinados contextos es imposible que la penalización legal resuelva el problema. En el caso colombiano el argumento tiene sentido y ciertamente cualquier solución debe llevar a enmendar los comportamientos institucionalizados por años de convivencia con el narcotráfico, la guerrilla y toda clase de grupos que le disputan el monopolio a la Ley y al Estado.

METODOLOGÍA

El presente trabajo está fundamentado en el paradigma socio – crítico, con enfoque socio - jurídico; teniendo en cuenta que está encaminado a comprobar la propuesta de la hipótesis.

El trabajo es de tipo descriptivo analítico, teniendo en cuenta que, además de presentar una panorámica sobre el estado actual del tema, a nivel de las investigaciones más recientes efectuadas y un análisis histórico del mismo, con base en fuentes bibliográficas contemporáneas se desarrolló el respectivo marco teórico-conceptual, para llegar a las conclusiones y propuestas

CONCLUSIONES

En la actualidad la contratación mediante el mecanismo de selección de la mínima cuantía se convierte en el proceso más eficaz y rápido pero a la vez se convierte en el proceso mediante el cual las administraciones pagan favores políticos lo anterior debido a su rapidez en la ejecución del proceso precontractual desde los municipios más pequeños hasta los que reciben grandes sumas de dinero para su desempeño debido a su categoría.

Casi en la mayoría de los casos estos contratos no se llevan a cabo en su debida forma dando lugar a la presencia de los casos de corrupción los cuales en su mayoría se deben a que los contratistas con el fin de evitarse gastos, no invierten los recursos como el respectivo contrato lo requiere. Lo anterior sumado a los casos en los que en las administraciones laboran en las dependencias de contratación y planeación empleados sin ningún sentido de pertenencia con la administración los cuales basados en su experiencia y recorrido en el sector público hacen mediante prácticas no legales que se incrementen los casos de corrupción.

Este problema el cual va en contra del beneficio de la comunidad en general, la cual, mediante los pagos de impuestos son los que a diario nutren estos recursos, desde los municipios más pequeños hasta las grandes esferas del ámbito nacional.

PROPUESTA

Aunque como es sabido, la corrupción en el ámbito de la contratación estatal se viene presentando desde hace mucho tiempo , una solución para dar inicio al control de la corrupción no solo en los procesos de mínima cuantía sino en los demás procesos de la contratación ya reglamentados, se basa en que el gobierno nacional por intermedio de los entes de control creen una comisión para que se vigile no solo como se hace en la actualidad a los procesos posterior a la ejecución de los mismos sino que se lleve a cabo un riguroso seguimiento a los mismos desde sus inicios o sea desde la creación de la necesidad y posterior proceso precontractual y al mismo tiempo al proceso contractual

Para este proyecto de investigación, fue necesario analizar diversas normatividades que abordaran la materia, conceptos, doctrinas, jurisprudencia, etc, y el principal problema detectado es la falencia en cuanto a la especificidad de la ley en el procedimiento a seguir para llevar a cabo este proceso contractual, nuestra propuesta es reestructurar la normatividad para que sea más específica y detallada en la materia de la selección abreviada de mínima cuantía.

Como resultado de nuestra investigación de la temática de la modalidad de selección abreviada de mínima cuantía, podemos concluir que a pesar de ser un método de contratación ágil, minimizado en formalidades no fue la solución temporal que encontró el estado para garantizar procesos contractuales sin vicios de corrupción, se convirtió en cambio en la tipología contractual perfecta para pagar compromisos políticos previamente adquiridos.

El fraccionamiento de contratos millonarios, en diminutos fortines y pocos vistosos para los entes de control es lo habitual en el mundo de la contratación estatal, ya que encontraron en este mecanismo de evasión de dispendiosos procesos licitatorios la ruta ideal para ejecutar el presupuesto presurosamente y sin tanta formalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aponte Díaz, Iirana (2014). "Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pp. 177-207
- Gómez & Gallón, S. (2000). *El fenómeno de la corrupción y su influencia en la Economía Colombiana, 1969-1999*. Universidad de Antioquia. Medellín.
- Gómez S., Francisco. (2015). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Guarín Gamboa, L.H. (2013) *Vacíos en los procesos de contratación pública en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada (P.8)
- Martínez & Ramírez. (2004). *La corrupción y los costos de transacción*. Revista Una mirada de la contratación Estatal Colombiana. Bogotá. Corrupción en la contratación pública en Colombia.
- Martínez Cárdenas, Edgar Enrique; Ramírez Mora, Juan Manuel. *La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo*. Reflexión Política, vol. 8, núm. 15, junio, 2006, pp. 148-162. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Bucaramanga, Colombia.
- Moreno, José A. (2014). *Responsabilidad del servicio público frente al fraccionamiento en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Libre: Especialización en Derecho Administrativo.
- Ruiz Juan (2013). Trabajo de grado *Efectos económicos de la corrupción en la Contratación Estatal en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada. Especialización en Finanzas y Administración Pública. Bogotá D.C.

Serrano Cuervo, Aldemar (2014). *Trabajo de grado Corrupción en la Contratación Pública en Colombia*. Bogotá D.C. Universidad Militar Nueva Granada. Especialización en Alta Gerencia.

Williamson (1985). *Poder público legitimidad y corrupción. Economía Colombiana coyuntura política*. Contraloría. Bogotá. (p. 225)

Zabala Mancipe Nancy Milena (2011). *El estado social de derecho y la contratación estatal*. Iter ad Veritatem N° 9. Tunja. Universidad Santo Tomas

Normatividad

Congreso de la República. *Ley 1150 de 2007*. “Por medio de la cual se introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. En: Diario Oficial N° 46.691 del 16 de julio de 2007.

Congreso de la República. *Ley 600 de 2000*. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario Oficial N° 44.097 del 24 de julio de 2000.

Congreso de la República. *Decreto 855 de 1994*. “Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa”. En: Diario Oficial N° 41337 de abril 29 de 1994.

Congreso de la República. *Ley 80 de 1993*. “Por la cual se expide General de Contratación de la Administración Pública”. En: Diario Oficial N° 41.094, del 28 de octubre de 1993.

Congreso de la República. *Decreto Ley 222 de 1983*. “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial N° 36.189 de febrero 6 de 1983.

Congreso de la República. *Decreto 150 de 1976*. “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades”. En: Diario Oficial N° 34.57 del 11 de junio de 1976.

Jurisprudencial

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2001.
C.P. Ricardo Hernando Monroy. (Concepto 1373)

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2001.
Consejero ponente: Ricardo Hernando Monroy. (Concepto 1373)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 30933 de mayo 26 de 2010.

Páginas Web

Cuello, f. (2012, 28 de mayo). Fraccionamiento de un contrato estatal. Nuevo día. Recuperado de <http://www.elnuevodia.com.co>

Observatorio. (2015). *Transparencia y anticorrupción*. Extraíble en:
<http://www.anticorruccion.gov.co/Paginas/index.aspx>