

# Teoría de la Contratación

Autor: Diana Marcela Perilla Rodriguez



Teoría de la Contratación / Diana Marcela Perilla Rodriguez, /  
Bogotá D.C., Fundación Universitaria del Área Andina. 2017

978-958-8953-71-7

Catalogación en la fuente Fundación Universitaria del Área Andina (Bogotá).

© 2017. FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA  
© 2017, PROGRAMA AUDITORIA EN SALUD  
© 2017, DIANA MARCELA PERILLA RODRIGUEZ

Edición:

Fondo editorial Areandino

Fundación Universitaria del Área Andina

Calle 71 11-14, Bogotá D.C., Colombia

Tel.: (57-1) 7 42 19 64 ext. 1228

E-mail: publicaciones@areandina.edu.co

<http://www.areandina.edu.co>

Primera edición: octubre de 2017

Corrección de estilo, diagramación y edición: Dirección Nacional de Operaciones virtuales

Diseño y compilación electrónica: Dirección Nacional de Investigación

Hecho en Colombia

Made in Colombia

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra y su tratamiento o transmisión por cualquier medio o método sin autorización escrita de la Fundación Universitaria del Área Andina y sus autores.

# Teoría de la Contratación

Autor: Diana Marcela Perilla Rodriguez





# Índice

## UNIDAD 1 Teoría de la contratación

Introducción	6
Metodología	7
Desarrollo temático	8

## UNIDAD 2 Elementos del contrato

Introducción	19
Metodología	20
Desarrollo temático	21

## UNIDAD 3 Obligaciones

Introducción	28
Metodología	29
Desarrollo temático	30

## UNIDAD 4 ¿Qué son las garantías?

Introducción	36
Metodología	37
Desarrollo temático	38

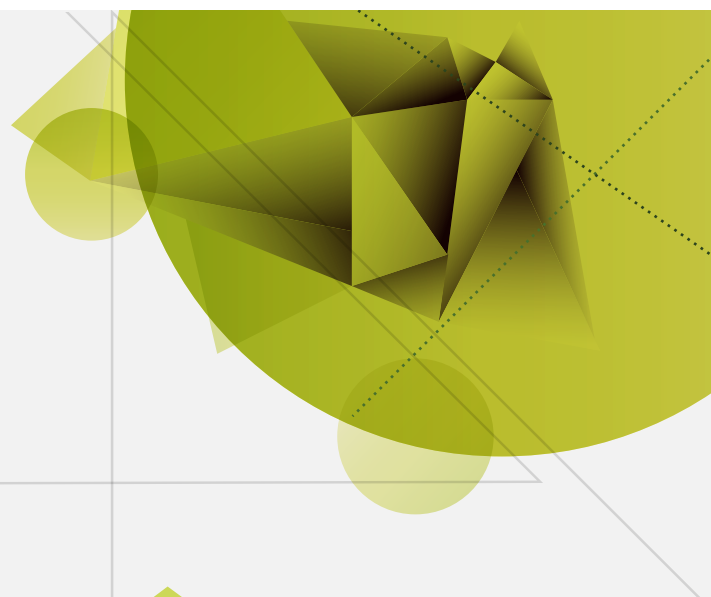
Bibliografía	42
--------------	----



# 1

## Unidad 1

Teoría de la  
contratación



Teoría de la contratación

Autor: Diana Marcela Perilla Rodriguez

## Introducción

Un contrato es un acuerdo de voluntades que genera, modificaciones o extingue obligaciones tanto del contratista como del contratante. De acuerdo a esto, la contratación pública se define como el hecho de realizar un acto jurídico entre dos partes ya sean del sector público o privado para cumplir con unas obligaciones derivadas de un bien o un servicio.

De esta manera, la contratación estatal se vincula con el sector salud por medio de licitaciones y acuerdo de voluntades ya preestablecidos entre las instituciones prestadoras de servicios de salud y las entidades promotoras de salud que aportan herramientas y mecanismos que aseguren la salud y el bienestar de los usuarios.

Con el estudio de la teoría de la contratación los estudiantes podrán diferenciar los tipos de selección de contratación en Colombia y analizaran los elementos que influyen en la realización de convenios entre la Entidades Administradoras de Plan de Beneficios.

De acuerdo con la metodología de educación virtual, los periodos se manejan por módulos de formación con la siguiente distribución:

**Momento de aprendizaje autónomo:**

Las actividades que se desarrollan son individuales. El estudiante debe realizar y entregar ejercicios, talleres de aplicación, lecturas, ensayos, participación en los foros, mapas conceptuales, en las fechas estipuladas para ello.

El aprendizaje autónomo será de un 75% por parte cada estudiante.

**Momento de aprendizaje tutorial:**

Las actividades que se desarrollan se realizan teniendo en cuenta el apoyo y acompañamiento del tutor por medio de la plataforma EPIC. Los estudiantes podrán apoyarse en los tutores para resolver dudas y afianzar sus conocimientos.

El aprendizaje tutorial será de un 25% con un acompañamiento del tutor.

La comunicación se realiza únicamente a través de la plataforma EPIC por las rutas acordadas para el envío de trabajos y el foro de dudas. Se permitirá el acceso a bases de datos virtuales. Videos y documentos, chat, encuentros sincrónicos, etc.

Para el desarrollo de esta unidad, el estudiante debe leer la Ley 80 de 1993 donde comprenderá todo lo relacionado con la administración pública: leerá la Ley 1150 de 2007 donde reconocerá las modificaciones de la misma y sus efectos en la contratación.

## Teoría de la contratación

### Acto jurídico

Para entender la teoría general del contrato es necesario revisar como primera instancia la Ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de Administración Pública; esta ley se crea con el fin de disponer reglas y principios que permiten realizar una contratación estatal, transparente, equitativa y responsable de todo lo que se derive de ella, beneficiando a las partes que interfiere y así, unificar los métodos de contratación.

Para tal fin, explicaremos a continuación los conceptos que harán posible el estudio de este módulo.

### Definición

#### ¿Quiénes están involucrados?

Entidades estatales: son entidades donde el estado tiene una participación superior del 50%, ya sea la Nación, las regiones, departamentos, provincias, Distrito Capital, distritos especiales, municipios, territorios indígenas, etc., entidades descentralizadas indirectas que tengan participación pública mayoritaria.

Adicionalmente, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación, los ministerios y departamentos administrativos, las superintendencias, unidades especiales y, los organismos o dependencias del Estado a los que la Ley le otorgue la capacidad de celebrar contratos (Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 2).

#### ¿Qué es un contrato?

Es la representación de un acto jurídico que integra el intercambio económico planteado en el negocio realizado por las partes involucradas en este.

Los contratos según el Diccionario Jurídico de 2002 se clasifican en:

- Unilaterales.
- Bilaterales.
- Consensuales.
- Reales.
- Título oneroso.
- Título gratuito.



- Conmutativos.
- Aleatorios.
- Principales.
- Accesorios.
- De utilidad pública.
- De utilidad privada.
- Lícitos.
- Ilícitos.

### ¿Qué es un acto jurídico?

Es un hecho jurídico, que se define como la declaración de la voluntad que tiende a un fin, crea, modifica, transmite o extingue un derecho (Cfr Brugi, 2000).

Los actos jurídicos se pueden clasificar en:

- Naturales: son aquellos hechos que suceden sin que el hombre intervenga (terremotos, maremotos, etc.) estos hechos pueden interesar al derecho cuando afectan lugares como casas, oficinas, locales, etc., si están asegurados y pueden llevar a una indemnización.
- Humanos: son los hechos que surgen principalmente por el hombre, cualquier acción que realice y produzca efectos jurídicos (contratos, testamentos, delitos).
- Positivos: son aquellos que permiten la transformación de manera efectiva de algunas circunstancias de hecho, un ejemplo claro de este tipo de acto jurídico es: morir. Si la persona muere el acto jurídico se modifica radicalmente (Méndez, 2011).
- Negativos: son aquellos que se fundamentan en la abstención.

- Lícitos o ilícitos: que sean de conformidad o no ante la ley.
- Voluntarios e involuntarios: son aquellos donde su razón principal es la voluntad del hombre o no.

### ¿Qué son los contratos estatales?

Según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades anteriormente mencionadas, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

### ¿Cuál es el fin de la contratación estatal?

El fin de la contratación estatal es dar cumplimiento, continuidad y efectividad a la prestación de servicios entre las partes acordadas, teniendo en cuenta la celebración del contrato preestablecido y la obtención de utilidades.

### Convenio- contrato

Dentro de las leyes colombianas se encuentran los contratos (Ley 80 de 1993) y los convenios (Ley 489 de 1998) que son necesarios para diferenciar, aplicar y saber cómo se deben prestar servicios públicos y privados y finalmente cumplir con los objetivos pactados.

A continuación presentaremos un paralelo entre un convenio y un contrato:

	Convenio	Contrato
Reglamentado por	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Constitución Política de Colombia 1991.</li> <li>■ Ley 485 de 1998.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Ley 80 de 1993.</li> <li>■ Ley 1150 de 2007.</li> </ul>
Definición	Acuerdo de voluntades entre una o más partes para el cumplimiento de objetivos comunes ya sean administrativos o prestación de servicios.	Acuerdo, representa un acto jurídico y legal que constituye el intercambio de lo pactado en el negocio que realizan las partes, estas se comprometen a respetar y cumplir con las condiciones pactadas.
Entidades que intervienen	El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal.	La Nación, el Distrito Capital, entidades descentralizadas. Senado de la República, Cámara de Representantes y otros entes administrativos.
Características	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Es de obligatorio cumplimiento por las partes involucradas.</li> <li>■ El acuerdo de voluntades es autónomo y separable alrededor de los intereses comunes de las partes que intervienen en este.</li> <li>■ Puede ser celebrado entre partes privadas y/o públicas.</li> <li>■ Existe coordinación cooperación, colaboración y distribuye competencias para alcanzar los fines comunes.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Es de obligatorio cumplimiento por las partes involucradas.</li> <li>■ Las partes son denominadas como contratante y contratista.</li> <li>■ El contratista es una figura pública que tiene intereses y puede intervenir de la misma forma que lo hace una entidad particular.</li> <li>■ Acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue obligaciones.</li> <li>■ Satisface intereses diferentes de las partes involucradas.</li> </ul>

## Estructura de la contratación

De acuerdo con la administración pública, (Diccionario jurídico, 2012), la estructura contractual se compone de:

- Título: es la parte del contrato que indica o identifica que tipo de contrato es. (mercantil, de trabajo, etc.).
- Encabezado: es la parte del contrato que define las partes involucradas. Contiene: nombre, domicilio, capacidad, etc.
- Clausulas: son disposiciones, numeradas del contrato, acuerdo, documentos públicos o privados etc.
- Son parte integrante de aquello que constituye, interpretada conforme a su literalidad o siguiendo el sentido general del documento, donde consta.
- Objeto: es el propósito o la finalidad del contrato. Es todo cuanto puede ser materia de aprehensión sensible y conocimiento por el hombre. Es un asunto, materia, cosa, material o inmaterial.
- Valor: es la utilidad que se le da a las cosas; es el costo o precio por el cual se realizó el negocio. Cuando el valor es referente a un bien, su concepto se reduce a la cantidad de trabajo que se gastó para producirlo.
- Obligación: vínculo de derecho por el cual una persona es limitada hacia otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Función exigida por la ley, el reglamento, la situación o la naturaleza del estado.
- Firmas: rubrica: conjuntos de signos

alfabéticos que identifican el nombre y apellido de una persona, legible o no, con el objeto de acreditar que únicamente esa persona, está de acuerdo con el contenido del contrato, porque lo ha escrito ella o lo ha leído y está conforme.

- Garantías: es una protección o seguridad de que algo se realizará. Es una acción que garantiza el cumplimiento del contrato.

A continuación se registrará un ejemplo de un contrato de prestación de servicios para identificar la estructura contractual.

## Título

### Contrato de prestación de servicios

#### Encabezado

Nombre del contratante, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. CC de Bogotá y con domicilio en la ciudad de \_\_\_\_\_, actuando en nombre propio, quien en adelante se denominará el CONTRATANTE, y nombre del contratista, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. CC domiciliado en \_\_\_\_\_, y quien para los efectos del presente documento se denominará EL CONTRATISTA, acuerdan celebrar el presente CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, el cual se registrá por las siguientes cláusulas:

#### Objeto y cláusulas

**PRIMERA.- OBJETO:** El CONTRATISTA en su calidad de trabajador independiente, se obliga para con El CONTRATANTE a ejecutar los trabajos y demás actividades propias del servicio contratado, el cual debe realizar de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento y que consistirá en Administrar el Establecimiento de Comercio \_\_\_\_\_ sin que exista horario determinado, ni dependencia. **SEGUNDA.- DURACIÓN O PLAZO:** El plazo para la ejecución del presente contrato será de \_\_\_\_\_, contados a partir \_\_\_\_\_ al \_\_\_\_\_ y podrá prorrogarse por acuerdo entre las partes con antelación a la fecha de su expiración mediante la celebración

#### Valor

de un contrato adicional que deberá constar por escrito. **TERCERA.- PRECIO:** El valor del contrato será por la suma de \$\_\_\_\_\_ (valor en letras). **CUARTA.- FORMA DE PAGO:** El valor del contrato será cancelado por cuotas quincenales de \$\_\_\_\_\_, los días quince (15) y treinta (30) de cada mes. Adicionalmente, LA CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA el 10% sobre Utilidad neta, los días treinta (30) de cada mes.

#### Obligaciones

- **QUINTA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE:** La **CONTRATANTE** se obliga a: 1. Facilitar el acceso al Establecimiento de Comercio en los días y horarios acordados con el contratista. 2. Brindar los elementos que sean necesarios, de manera oportuna, para la debida ejecución del objeto del contrato. 3. Cancelar el precio del contrato en la cantidad y fecha estipuladas. 4. Cumplir con lo estipulado en las demás cláusulas y condiciones previstas en este documento. – **SEXTA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:** El **CONTRATISTA** se obliga a: 1. Abrir

y cerrar el Establecimiento de Comercio \_\_\_\_\_, en el horario acordado con EL CONTRATANTE. 2. Realizar el aseo del establecimiento de comercio, además de mantener en orden los baños, la cocina, la barra y la terraza del mismo. 3. Realizar el pedido cuando sea necesario para continuar con el objeto social del Establecimiento de comercio. 4. Administrar el Establecimiento de comercio, obligándose a realizar arqueos de la misma de forma diaria. 5. Rendir informe de las transacciones comerciales del Establecimiento de Comercio una vez por semana, en el día y hora acordado con LA CONTRATANTE. 6. Cuidar y mantener en buen estado los elementos y enceres del Establecimiento de Comercio. 7. Cumplir con las disposiciones establecidas en la Carta de Operaciones del Establecimiento de Comercio " \_\_\_\_\_", Anexo al presente contrato. 8. EL CONTRATISTA **se compromete a afiliarse a una empresa promotora de salud EPS, y cotizar igualmente al sistema de seguridad social en pensiones tal como lo indica el art.15 de la ley 100 de 1993, para lo cual se dará un término de dos semanas contadas a partir de la fecha de iniciación del contrato. De no hacerlo en el término fijado el contrato se dará por terminado.** 9. Cumplir en forma eficiente y oportuna los trabajos encomendados y aquellas obligaciones que se generen de acuerdo con la naturaleza del servicio **SÉPTIMA.- SUPERVISIÓN:** La CONTRATANTE supervisará la ejecución del servicio encomendado, y podrá formular las observaciones del caso, para ser analizadas conjuntamente con El CONTRATISTA. **OCTAVA.-TERMINACIÓN.** El presente contrato terminará por acuerdo entre las partes y unilateralmente por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. **NOVENA.- INDEPENDENCIA:** El CONTRATISTA actuará por su cuenta, con autonomía y sin que exista relación laboral, ni subordinación con LA CONTRATANTE. Sus derechos se limitarán por la naturaleza del contrato, a exigir el cumplimiento de las obligaciones del CONTRATANTE y el pago oportuno de su remuneración fijada en este documento. **NOVENA.- CESIÓN:** El CONTRATISTA no podrá ceder parcial ni totalmente la ejecución del presente contrato a un tercero, sin la previa, expresa y escrita autorización de LA CONTRATANTE. **DÉCIMA.-DOMICILIO:** Para todos los efectos legales, se fija como domicilio contractual a la ciudad de Bogotá, D.C.

## Garantía

**DOCEAVA-GARANTIA:** Cuando El CONTRATISTA no realiza la tarea para la cual fue contratado en el tiempo acordado tendrá que cancelar la suma de \$ \_\_\_\_\_ como garantía de cumplimiento.

Las partes suscriben el presente documento, a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_, en la ciudad de \_\_\_\_\_



### Requisitos de la contratación:

Basados en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007

### De ejecución:

- Aprobación de la garantía descrita en el contrato.
- Existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.
- Estar al día con pagos de aportes parafiscales y tener la capacidad de demostrarlos en la etapa pre-contractual (Sistema de Seguridad Integral, SENA, ICBF; y cajas de compensación, etc.).

### Obligación adicional:

- Se requiere la publicación en medios determinados por las autoridades administrativas que permitan conocer el contenido de la contratación.

### Cesión:

- Los contratos no podrán cederse sin autorización previa o escrita y esta solo es procedente cuando hay inhabilidad sobreviniente o imposibilidad de ejecución.

### Adición:

- No podrá adicionarse más del 50% de su valor inicial expresado en SMLV.

### Ineficacia en la contratación

En la ley 80 de 1993 no existen como tal, artículos que describan la ineficacia de un contrato, es por ello que hay que remitirse al código civil.

Recordemos que el acto jurídico es una manifestación de voluntades entre 2 o más personas, estas pueden ser naturales y/o jurídicas. La manifestación de voluntades que producen efectos económicos jurídicos se denomina negocio jurídico; este a su vez lo denominaremos contrato.

Un contrato es un acuerdo de voluntades entre las partes involucradas y para que este

sea eficaz es necesario que tenga dos características tales como la existencia y validez.

### **Existencia**

La existencia de un contrato se refiere al nacimiento a la vida jurídica. (El nacimiento del contrato sucede porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación).

### **Validez**

Cuando un contrato produce efectos jurídicos. Responde a prescripciones legales.

Teniendo en cuenta los conceptos anteriormente mencionados, explicaremos que es la ineficacia de un contrato y cuáles son las características.

### **Ineficacia**

La ineficacia entendida en la contratación es aquel acto jurídico que no produce efectos o deja de producirlos, en general, en atención a su naturaleza o a las disposiciones específicas de las partes involucradas. Se produce cuando existe inexistencia e invalidez.

### **Inexistencia**

La inexistencia hace referencia al no nacimiento a la vida jurídica. Según el Artículo 1502 del código civil la inexistencia se puede presentar cuando hay:

- Incapacidad jurídica: la capacidad jurídica de una persona consiste en poder obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. De acuerdo a lo anterior, la incapacidad se define como la inhabilidad que implica carencia total o parcial de aptitud para ejercer derechos o contraer obligaciones (Diccionario jurídico, 2012).

La incapacidad jurídica tiene dos categorías, la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa; la primera de estas se refiere a la discapacidad absoluta de la persona (causas físicas o naturales) que carecen de voluntad o no la pueden expresar libremente. Un ejemplo claro de esto son los menores de 14 años.

La incapacidad relativa es aquella que se refiere a las personas que la ley declara incapaces a razón de su edad, estado civil, etc., ejemplo los menores de 18 años. La incapacidad debe estar presente al momento de realizar el contrato.

- No consentimiento: no hay una manifestación de la voluntad de alguna de las dos partes de manera libre, espontánea y consciente.
- Objeto/causa ilícito: el propósito del contrato no constituye un fin contenido por las leyes colombianas.
- No cumple solemnidad: no cumple con los requisitos exigidos por las leyes vigentes.
- No cumple con los elementos esenciales tales como el objeto del contrato y el valor por el que se realiza el negocio.

### **Invalidez**

La invalidez de los contratos se presenta cuando no se producen efectos jurídicos. Según el Artículo 1502 del código civil, la invalidez se produce cuando se consienta o se declare un consentimiento con vicio.

Los vicios del consentimiento son error, fuerza, y dolo.

- Error de derecho: el desconocimiento de las leyes no vicia el consentimiento.

- Error sobre el objeto: las partes realizan un contrato pero se equivocan en algunas características del objeto.
- Error sobre la persona: es el error que se presenta cuando se tiene la intención de contratar a una persona pero se realiza en acto jurídico con otra.
- Fuerza: produce una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo, y condición. Infunde temor.
- Dolo: se produce de una de las dos partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado. Acción de perjuicio.

### **Licitación**

La licitación es la manera de adjudicar contratos en la administración pública, consistente en la recepción de ofertas de varios proponentes bajo condiciones preestablecidas de los mismos, y en la selección de la oferta más favorable según criterios técnicos y económicos.

El objetivo de la licitación es buscar las mejores condiciones de compra ya sea para un proyecto u obra.

En el proceso de la licitación la parte contratante realiza una invitación a los interesados y estos, sujetos a las condiciones fijadas formulan propuestas, las cuales serán revisadas y analizadas por los contratantes para seleccionar la que mejor o la que posea más ventajas, con lo cual quedará más desarrollado el contrato.

Para participar en el proceso licitatorio se debe cumplir con los requisitos incluidos en el decreto 1510 de 2013 los cuales hacen que el acto sea válido y legal permitiendo

transparencia y legitimidad de este.

Existen 2 tipos de licitación la pública y la privada.

### **Licitación pública:**

Es el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable (Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 30. Parágrafo). Está sujeta a controles fiscales por la Contraloría General de la Nación.

Según la Universidad Eafit, los pasos de una licitación pública son:

- Estudio sobre oportunidad o conveniencia del contrato.
- Publicación de avisos. El plazo para esto es dentro de los 10 y 20 días anteriores a la apertura.
- Elaboración del pliego de condiciones: objeto, regulación jurídica, claridad.
- Apertura de la licitación o concurso.
- Audiencias de aclaraciones: se realiza 3 días después del inicio del plazo de la presentación de las propuestas.
- Evaluación y resolución de preguntas.
- Adjudicación.

### **Contratación directa:**

Es una modalidad de selección de contratistas donde las entidades estatales pueden conservar la potestad de elegir libremente, no hay necesidad de realizar convocatoria pública.



Se presenta en los siguientes casos:

- Urgencia manifiesta.
- Contratación de empréstitos.
- Contratos interadministrativos.
- Contratación reservada del sector Defensa y Das.
- Contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.
- Contratos de encargo fiduciario de entidades territoriales en actos de reestructuración.
- Cuando no exista pluralidad oferente en el mercado.
- Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, ejecución de trabajos artísticos que pueda encomendarse a personas naturales.
- Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

### **Licitación privada:**

En la licitación privada, las invitaciones se hacen en forma expresa a determinadas empresas y no se anuncian de manera pública. Las empresas deben ser reconocidas y calificadas, pueden ser nacionales o internacionales; la invitación debe ser amplia para asegurar precios competitivos.

Este tipo de contratación se utiliza cuando la licitación pública fracasa, cuando el número de proveedores es limitado o cuando los contratos son de mínima cuantía.



2

Unidad 2

Elementos del  
contrato



Teoría de la contratación

Autor: Diana Marcela Perilla Rodriguez

## Introducción

La salud está considerada como un derecho fundamental, y como tal debe ser atendida por parte de los prestadores de salud. Es un servicio público donde el Estado se encarga de proveer, organizar dirigir y controlar recursos de toda índole para procurar brindar un servicio óptimo y que esté acorde con el estado en el que se encuentran los usuarios.

En 1993, con la aparición de la ley 100 se establece que los entes territoriales y locales deben garantizar la contratación para hospitales públicos que puedan atender la población que les sea asignada. Durante el mismo año aparece la Ley 80, por la cual se expide la Administración Pública que obliga a dar cumplimiento a las entidades estatales a manejar los recursos del Estado con transparencia, economía y responsabilidad reconociendo que los dineros otorgados a la salud son dineros públicos y que el manejo de estos deben ser inspeccionados y vigilados en cualquier acuerdo que se realice entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios.

De acuerdo con la metodología de educación virtual, los periodos se manejan por módulos de formación con la siguiente distribución:

**Momento de aprendizaje autónomo:**

Las actividades que se desarrollan son individuales. El estudiante debe realizar y entregar ejercicios, talleres de aplicación, lecturas, ensayos, participación en los foros, mapas conceptuales, en las fechas estipuladas para ello.

El aprendizaje autónomo será de un 75% por parte cada estudiante.

**Momento de aprendizaje tutorial:**

Las actividades que se desarrollan se realizan teniendo en cuenta el apoyo y acompañamiento del tutor por medio de la plataforma EPIC. Los estudiantes podrán apoyarse en los tutores para resolver dudas y afianzar sus conocimientos.

El aprendizaje tutorial será de un 25% con un acompañamiento del tutor.

La comunicación se realiza únicamente a través de la plataforma EPIC por las rutas acordadas para el envío de trabajos y el foro de dudas. Se permitirá el acceso a bases de datos virtuales. Videos y documentos, chat, encuentros sincrónicos, etc.

Para el desarrollo de esta unidad, el estudiante debe leer la Ley 80 de 1993 donde comprenderá todo lo relacionado con la administración pública: leerá la Ley 1150 de 2007 donde reconocerá las modificaciones de la misma y sus efectos en la contratación.

### Elementos del contrato

Es importante tener en cuenta que todos los contratos se forman por unos elementos de fondo y forma que se describirán a continuación:

**Elementos de fondo:** se denominan como doctrina o requisitos comunes, porque pertenecen a todos los contratos; son esenciales, naturales y accidentales.

**Esenciales:** son las características que deben de tener todos los contratos para que estos sean contratos y no otra cosa, sin estas, el contrato no tiene valor o cambia a otro diferente. Entre estos se encuentran:

- **Capacidad:** existe dos clases de capacidad la del goce que se refiere a la aptitud jurídica para ser titular y la capacidad de ejercicio que es la aptitud jurídica para ejercer los derechos y contraer obligaciones.
- **Consentimiento:** es la manifestación que se da por la concurrencia de la oferta, la aceptación de la cosa y la causa que hace que se constituya un contrato.
- **Objeto:** todos los bienes y servicios que estén dentro de la ley y que no sean contrarios a las buenas costumbres. Es la finalidad por la que se realiza un acto jurídico.

- **Causa:** es el motivo que induce al acto o contrato (González, 2014).

**Naturales:** no son esenciales en el contrato pero se entienden como propios, estos proceden de la índole del negocio en particular y pueden ser eliminados por las partes, sin que este deje de ser válido.

**Accidentales:** son aquellos que se agregan por medio de cláusulas especiales, que estén dentro de las leyes y las buenas costumbres.

**Elementos de forma:** son aquellos elementos que hacen relación a su aspecto formal, también llamados solemnidades; poseen requisitos propios porque solo se requieren para contratos particulares.

### Principios de la contratación <sup>1</sup>

Según la Ley 80 de 1993, la contratación estatal debe guiarse bajo los principios de la transparencia, economía y responsabilidad. Todos los actores públicos o privados que intervengan en la contratación donde se manejen dineros del Estado se realizarán bajo los 3 principios, anteriormente mencionados y que explicaremos a continuación:

<sup>1</sup> Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; Título II, de los Principios de la Contratación Estatal, Art. 24, 25, 26.

Principio de la transparencia: es todo proceso de selección del contratista que debe realizarse de manera pública, donde cualquier persona ya sea natural o jurídica que tenga la voluntad de participar, pueda obtener información sobre todas las etapas de este.

Los contratistas que estén interesados, tendrán la posibilidad de conocer las decisiones tomadas durante el proceso y podrán expresar las observaciones pertinentes a los casos propios.

Principio de economía: en el proceso de escoger a los contratistas, se establecerán una serie de etapas estrictamente necesarias para la selección de estos; previamente, se realizarán términos y condiciones para cada una de las etapas por las que pasa el contratista.

Principio de la responsabilidad: todos los servidores públicos que participen en el proceso de selección, están obligados a cumplir con las leyes vigentes de la contratación estatal y a inspeccionar la evolución de este proceso.

Este principio también está presente en el momento de la ejecución del contrato ya sea en la etapa precontractual, contractual y poscontractual; de no cumplirse, traerá consecuencias penales y económicas, para las partes involucradas.

Teniendo en cuenta, los principios de la contratación estatal de la Ley 80 de 1993, y la Ley 100 del mismo año por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral y la Ley 715 de 2001 por la cual se conforma el Sistema General de Participaciones; los dineros destinados a la salud, y a la educación, hacen parte de los

recursos de la Nación, por lo tanto cualquier tipo de acuerdo o acto jurídico que se realice en estos sectores serán vigilados minuciosamente.

## **Interpretación de los contratos**

### Concepto

Interpretar: explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad (Diccionario de la Lengua Española).

Según, Erich Danz, “La interpretación es la acción que tiende a fijar el sentido y el significado de las manifestaciones de la voluntad, especialmente de las palabras”. El que quiera manifestar al exterior su voluntad interna, necesita valerse de ciertos signos que el mundo exterior pueda percibir; tiene que declarar su voluntad y esta declaración se efectúa ordinariamente, mediante palabras, para poner en claro estas declaraciones es el fin de la interpretación”.

Para Luis Diez (1996) es el procedimiento en virtud del cual se tiende a esclarecer y determinar el sentido y alcance de las declaraciones que lo forman.

La interpretación de un contrato es el sentido que se le da a un acto jurídico como supuesto de hecho concreto y específico. A continuación, se presentarán algunas características que debe tener la interpretación:

- Ser claro y coherente con el manifiesto de las voluntades y tener clara la intención de los contratantes.
- En caso de que alguna cláusula existente permitiera diversos sentidos, se manifestará cual es el más acorde a lo que se quiere expresar para que esta sea

efectiva.

- Las palabras que tengan más de un significado, se entenderán según la naturaleza y contexto en que se celebre el contrato.
- El contrato se realizará bajo la luz de las leyes colombianas y se interpretará según las costumbres del país.
- Si la interpretación del contrato genera dudas sobre el objeto que no se pueden resolver, el acto jurídico se da por inválido.

Para conocer las reglas de interpretación, es importante primero diferenciar los contratos por su tipicidad: los contratos típicos son aquellos que son regulados por las leyes. Por ejemplo la ley 100 de 1993 Sistema de seguridad social integral.

Los contratos atípicos, son los que se rigen por las normas generales de los contratos, de una misma esencia y naturaleza similar.

Reglas de la interpretación, según Morales (1998):

- Absorción: cuando se determina la prestación o elemento preponderante del negocio y se aplican las normas del contrato típico al que pertenezca dicha prestación, absorbiendo el negocio atípico en estas.
- Combinación: se utilizan diferentes contratos típicos combinados, según el número de elementos de cada uno de ellos, que aparezcan en el contrato atípico.
- Analogía: se busca el negocio típico más a fin al atípico y se aplica su regularización positiva.

**¿Quién tiene el rol de interpretación de los contratos?**

El juzgador es quien rectifica los elementos esenciales del negocio jurídico, y establece las normas jurídicas que se pueden aplicar al caso en concreto.

Es quien al interpretar un contrato controla y recauda la voluntad de negociar; ejerce control declarando nulidades, ineficacias cuando los contratos violan la Ley en su objeto, readecua el contrato cuando conforme a los criterios ordinarios, este no puede producir efectos jurídicos. El juzgador también tiene la función de integración de los contratos una vez estén calificados (reconstruidos o transformados) para establecer las consecuencias y efectos jurídicos y de acuerdo a su naturaleza, sean acordes con la ley, la buena fe, los usos y las costumbres. (Fierro, 2011).

### **Métodos de interpretación del contrato**

Existen tres métodos para la interpretación de los contratos que plantea Fierro (2011):

- Subjetivos: se revisa la intención clara de los contratantes y determina la voluntad en función del auténtico querer de los negociantes. Este método refiere que el contrato la base o el punto de partida del operador oficial que le permite salir en la búsqueda de la verdadera intención de los contratantes.
- Objetivos: este método averigua el comportamiento de las partes, sin enfatizar en la construcción jurídica, sino el sentido en que normalmente puede entenderse la declaración de la voluntad en el contexto en el que se realiza.
- Ecléctico o mixto: combina los dos métodos anteriores.

La interpretación se fundamenta en dos principios: en el de confianza y

autorresponsabilidad, que se derivan de la buena fe; teniendo en cuenta que un contrato es el resultado de dos intenciones y declaraciones opuestas en las que hay intereses particulares pero tiene en común un propósito.

### Tipología de contratos

Los contratos civiles y comerciales parten de la legislación civil y legislación comercial y del concepto general del contrato; en la legislación civil, podemos encontrar el artículo 1495 el cual refiere que un contrato es un acuerdo o convención entre una o más partes para cumplir obligaciones de hacer o no hacer. (González, 2014).

En la legislación comercial podemos encontrar el artículo 864, quien define el contrato en un acuerdo entre 2 o más parte para construir, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (González, 2014).

Según el concepto general del contrato, los contratos son la manifestación de voluntad de 2 o más personas que se constituyen como partes y que adquieren prestaciones de dar, hacer o no hacer.

Todos los contratos son actos jurídicos que manifiestan las voluntades entre las partes donde se producen efectos jurídicos; algunos son negocios jurídicos que también son manifestaciones de voluntades que producen efectos jurídicos económicos.

Los contratos tienen las siguientes características:

- Verbales: dependen de su naturaleza, los contratos verbales son la forma más común de contratación, pueden considerarse semiinformales y para que existan deben cumplir tres requisitos: el

primero es la naturaleza del contrato y el objeto de este, el segundo, la cuantía y la forma de remuneración; y el tercero, la duración del contrato.

- Los contratos escritos son aquellos que existen en un documento, que contienen las firmas de las partes y donde está contenido todo lo relacionado con el negocio, como las obligaciones y cláusulas acordadas por ambas partes.
- Unipersonales: son los contratos que obligan a una sola de las partes; ejemplo donación, mutuo civil, mandato, comodato.
- Bilaterales: los contratos bilaterales son aquellos en los que se obliga a ambas partes, donde existe una contraprestación, ejemplo compraventa arrendamiento mutuo comercial, permuta. Pueden ser sinalagmáticos que se definen como un tracto sucesivo que pueden comenzar como unilaterales y finalizan bilaterales.
- Plurilaterales: los contratos plurilaterales son a los que se obligan varias partes, donde están dirigidas a un fin común. Las partes deben tener la misma naturaleza jurídica. Ejemplo: contrato de sociedades, fiducias.

Los contratos pueden ser:

- Gratuitos: cuando una de las partes no recibe beneficios lucrativos.
- Onerosos: son aquellos contratos donde ambas partes reciben contraprestaciones económicas. Ejemplo el arrendamiento.
- Conmutativos: son conmutativos cuando ambas partes se obligan a dar o hacer algo equivalente a lo que obliga la otra parte.



- Aleatorios: son aleatorios cuando el equivalente consiste en una contingencia, por ejemplo una apuesta, juego, un seguro.
- Principales: cuando un contrato subsiste por sí mismo y no depende de otro contrato.
- Accesorios: cuando tiene objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, depende de otro contrato, ejemplo: hipoteca, fianza, prenda.
- Consensuales: son aquellos que cuando parten del acuerdo de las partes y se perfeccionan con el consentimiento. Ejemplo: un contrato de trabajo, es válido, y se puede comprobar, en muchos casos sin haber sido firmado.
- Solemnes: son aquellos que se realizan cuando se necesita una formalidad.
- Reales: se realiza este tipo de contrato cuando se necesita la tradición de la cosa.
- Instantáneos: se perfeccionan en un solo momento.
- Tracto sucesivo: se perfecciona con el paso del tiempo.

A continuación se mostrarán los contratos de trabajo más comunes existentes en Colombia.

- Contrato indefinido: el contrato a término indefinido es aquel que no tiene prevista una fecha de terminación de la obligación entre el empleado y el empleador, la duración no está determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera de manera explícita a un trabajo ocasional o transitorio (Gamboa, 2014). Este tipo de contrato se debe realizar de forma escrita, el empleador pagará las prestaciones sociales, primas legales de servicios, descansos remunerados y aportes parafiscales. En caso de que se realice terminación del contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa, el empleador deberá pagar una indemnización.
- Contrato obra labor: es el tipo de contrato que se realiza por una labor específica y termina cuando se da cumplimiento a la misma. Ejemplo: construcciones, horas cátedra.
- Contrato a término fijo: es un contrato que tiene un tiempo definido y está especificado en el documento, puede tener prórroga indefinida, excepto en los contratos que son inferiores a 1 año. Entre los contratos a término fijo, se encuentran dos características que son: los contratos iguales o superiores a 1 año, que deben ser por escrito, la prórroga se podrá realizar después de 3 años, los periodos de prueba deben ser escritos en el documento, se podrán dar por terminados sin preaviso, se podrá pagar indemnización. Los contratos inferiores a 1 año se podrán prorrogar únicamente hasta por 3 años, en periodos iguales o inferiores; para su terminación no es necesario pagar preaviso (Gamboa, 2014).
- Contrato de aprendizaje: este contrato es una forma de vinculación a una empresa de practicantes donde se recibe toda clase de actividades académicas autorizadas por el lugar donde está matriculado. La remuneración se llama auxilio de sostenimiento y se realiza con previa aprobación de las dos entidades; no tiene prestaciones sociales.
- Contrato por prestación de servicios: se

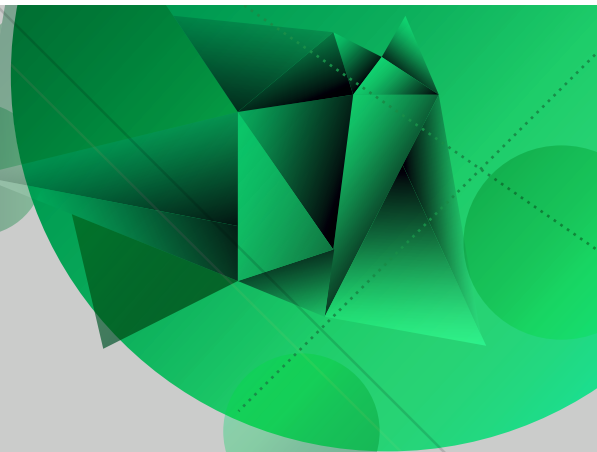
realiza de manera bilateral, entre una empresa contratante y un contratista; la remuneración se acuerda entre las partes, no genera relación laboral, no obliga a pagar prestaciones sociales, en la remuneración, solo se descuenta la retención en la fuente.

- Contrato temporal, ocasional: contrato de corta duración y no mayor de un mes, se refiere a labores distintas de las actividades del empleador, se puede hacer verbal o escrito.

3

Unidad 3

Obligaciones



Teoría de la contratación

Autor: Diana Marcela Perilla Rodriguez

# Introducción

Las obligaciones jurídicas son aquellos actos obligatorios incluidos en un contrato entre las partes manifestantes de voluntad y están vinculadas a cumplir con el negocio jurídico; pueden consistir en dar, hacer, o no hacer algo para la parte que es la acreedora.

En esta unidad, se presentará el tema llamado obligaciones, en el cual se mostrará y profundizará las diferentes especies de vínculos o combinaciones de los elementos esenciales del contrato.

Se realizará un recorrido por el ciclo que tienen las obligaciones, entre ellas están las fuentes, los principios, la clasificación y la extinción y a partir de esto, el estudiante comprenderá y tendrá la capacidad de solucionar casos contractuales.

De acuerdo con la metodología de educación virtual, los periodos se manejan por módulos de formación con la siguiente distribución:

**Momento de aprendizaje autónomo:**

Las actividades que se desarrollan son individuales. El estudiante debe realizar y entregar ejercicios, talleres de aplicación, lecturas, ensayos, participación en los foros, mapas conceptuales, en las fechas estipuladas para ello.

El aprendizaje autónomo será de un 75% por parte cada estudiante.

**Momento de aprendizaje tutorial:**

Las actividades que se desarrollan se realizan teniendo en cuenta el apoyo y acompañamiento del tutor por medio de la plataforma EPIC. Los estudiantes podrán apoyarse en los tutores para resolver dudas y afianzar sus conocimientos.

El aprendizaje tutorial será de un 25% con un acompañamiento del tutor.

La comunicación se realiza únicamente a través de la plataforma EPIC por las rutas acordadas para el envío de trabajos y el foro de dudas. Se permitirá el acceso a bases de datos virtuales. Videos y documentos, chat, encuentros sincrónicos, etc.

Para el desarrollo de esta unidad, el estudiante debe leer la Ley 80 de 1993 donde comprenderá todo lo relacionado con la administración pública: leerá la Ley 1150 de 2007 donde reconocerá las modificaciones de la misma y sus efectos en la contratación.

## Obligaciones

### Definición

La obligación es todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación en favor de otra (Cubides, 2012).

Según el Código Civil, en el artículo 1495, refiere “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Elementos de la obligación.

Los elementos de la obligación que explicaremos a continuación son: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el vínculo jurídico y el objeto.

- El sujeto activo: es la persona que tiene el beneficio y a quien debe realizarse la prestación; es llamado acreedor. El acreedor puede ser una sola persona o varias; puede ser persona jurídica o natural; es quien goza del ejercicio. También puede exigir el cumplimiento de la obligación existente a su favor (Cubides, 2012).
- El sujeto pasivo: es la persona que llamaremos el deudor, es quien realiza la prestación. El deudor puede ser una persona natural o jurídica; los deudores siempre deben

ser determinados.

- El vínculo jurídico: por la virtud de la obligación, entre los sujetos activos y pasivos, se establece el vínculo jurídico (Cubides, 2012); lo que explica que mientras uno de los sujetos tiene el deber de cumplir, el otro exige el cumplimiento.
- El objeto: es la prestación que debe realizar el deudor en favor del acreedor. Esta prestación puede ser económica, moral o intelectual. El objeto se puede clasificar en dar (transferencia de dominios), hacer (donde se ejecutan las acciones), y no hacer (son prohibiciones).

### Origen de las obligaciones

Las obligaciones nacen en algunas situaciones jurídicas de hecho, estas en su mayoría son el producto de la intención, existen otras que no manifiestan voluntad.

Las fuentes voluntarias de las obligaciones son los actos jurídicos, donde la intención de la partes crean o producen las obligaciones. Un acto jurídico puede producir una o varias obligaciones diferentes y cada una de estas presenta sus propios elementos y efectos.

Las fuentes involuntarias de las obligaciones, constituyen el hecho jurídico, la característica más importante de esta fuente es la de producir obligaciones con independen-

cia de la voluntad de las partes.

### **Clasificación de las obligaciones**

Cubides (2012), plantea que la clasificación de las obligaciones se realizará con base en los elementos anteriormente mencionados; se clasificarán según sujetos, objeto y vínculo jurídico. Clasificación por sujetos: existen dos clases de sujetos, los unitarios y plurales.

**Sujetos unitarios:** cada una de las partes es deudor y acreedor, de forma separada. Las partes pueden ser personas naturales o personas jurídicas.

**Sujetos plurales:** se denominan también sujetos múltiples; son aquellos donde la parte acreedora y la parte deudora son la misma persona, la pluralidad puede ser originaria o sobreviniente, son originarias cuando la pluralidad nace con el vínculo y son sobrevivientes cuando ya ha existido la obligación como sujetos unitarios, una de las partes pasa a tener más de una persona.

Las obligaciones plurales pueden ser conjuntas o solidarias; son conjuntas cuando existen a cargo uno o más deudores o dos o más acreedores, pero cada una de estas figuras tienen derecho a solamente una parte del objeto.

Cada acreedor exige su cuota a cada deudor y cada deudor está obligado a pagar su cuota a cada acreedor.

Las obligaciones solidarias son aquellas que existen a cargo de dos o más deudores o a favor de dos o más acreedores de tal manera vinculados que cada uno de los deudores puede ser obligado a pagar y cada uno de los acreedores puede exigir la totalidad de la prestación.

**Objeto:** la clasificación por objeto pueden ocupar un lugar muy importante al momento de tratar temas monetarios; las obligaciones pueden ser.

- **Positivas:** son prestaciones o actos positivos, pueden consistir en dar algo, entregar algo o hacer algo.
- **Negativas:** son abstenciones; es el hecho de no hacer.
- **Alternativas:** según el código civil, en el artículo 1556 “una obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras”.
- **Facultativas:** es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndole al deudor la facultad de pagar con estas cosas o con otra cosa que se designa (González, 2014).
- **De especie:** la obligación es de especie cuando su objeto se encuentra como uno en particular. El deudor no podrá pagar la cosa diferente de la prestación, porque esta, fue la que llevo a la celebración del contrato.
- **Divisibles:** se dan cuando el objeto es susceptible de fragmentación sin perder su naturaleza o esencia, un ejemplo claro de ello es el dinero.
- **Indivisibles:** se dan cuando el objeto no es susceptible de fragmentación, por ejemplo una casa o un carro.

**Vínculo jurídico:** dentro de las obligaciones por vínculo jurídico esta:

- **Civiles:** son las obligaciones que pueden exigir por medio de acciones legales.
- **Naturales:** son obligaciones que no se pueden exigir judicialmente, pero debe

cumplirse. Por ejemplo: las contraídas con incapacidades, las que les falta la solemnidad, las que han prescrito y las que no se han probado.

- **A plazo:** son las obligaciones que están sujetas a un plazo; se refieren a que son un hecho futuro y cierto, pueden ser determinadas (con un tiempo definido) o indeterminadas (es un tiempo que va a llegar pero no es específico), legales (fijadas por la ley), convencionales (es un plazo fijado por las partes), judiciales (es fijado por un juez), expresas (el tiempo está explícitamente señalado) o tácitas (ausencia de estipulación pero indispensable para su cumplimiento), suspensivas (acontecimiento futuro y cierto que depende de la obligación) y extintivas (es la fecha en la que se extingue la obligación) (Cubides, 2012).
- **Condicionales:** son obligaciones que están sujetas a una condición; Son un hecho futuro e incierto del cual depende la existencia de una obligación. Las obligaciones condicionales deben ser posibles, naturales y jurídicas.
- **Alternativas:** son aquellas en las que se deben varias prestaciones y con el pago de una se extingue la obligación; esta decisión la tiene el deudor.

### Fuentes de las obligaciones

Las fuentes de las obligaciones son aquellas que provienen de los actos o los hechos jurídicos. No todo acto o hecho es capaz de generar obligaciones, solamente aquellos en donde se exige una prestación. Entre estas fuentes encontramos:

**El contrato:** como ya lo habíamos tratado en este módulo, el contrato es un acuerdo de

voluntades que va encaminado a producir unas obligaciones, y pueden ser:

- **Unilaterales:** cuando hay manifestación de la voluntad de una de las partes (donación).
- **Plurilaterales:** cuando dos o más partes se obligan para producir ciertos efectos (una sociedad, cesión, compraventa).
- **Onerosos:** son los contratos que se celebran y se produce una utilidad.
- **Gratuitos:** son los contratos gratuitos.
- **Cuasicontrato:** es la manifestación de la voluntad de una sola persona, que quiere obligarse en favor de otro pero no existe la convención. Este puede ser:
  - **El pago de lo no debido:** es un pago de una obligación inexistente o del pago de una deuda de un tercero:
  - **La agencia oficiosa:** son cuasicontratos que su característica más importante es la gestión de negocios ajenos.
  - **Comunidad:** es la copropiedad sin ninguna clase de convención.

**Responsabilidad civil extracontractual:** es una obligación que recae sobre una persona, ya sea natural o jurídica que exige el cumplimiento de la obligación a la que está sometido (Cubides, 2012).

La responsabilidad civil extracontractual obliga a resarcir o indemnizar los daños y perjuicios causados a una persona por hechos culpables, dolosos y peligrosos; se distingue daño y perjuicio.

El daño como la vulneración de un bien tutelado por acciones no permitidas por la ley, este puede ser indemnizable; se indemniza como daño emergente que es todo lo que



se pierde al momento del hecho y como lucro cesante que es todo lo que se ha extendido desde el hecho hacia el futuro.

El perjuicio se caracteriza como las consecuencias futuras del daño.

La responsabilidad civil extracontractual se puede clasificar en:

- **Objetiva:** se da independiente del dolo o la culpa, lo importante es la indemnización del daño, para esto, debe existir el hecho, el daño y el nexo causal entre las dos.
- **Subjetiva:** se da cuando el sujeto que causa daño actúa con dolo o con culpa.
- **Directa:** es directa cuando un sujeto causa daño a otro con culpa o dolo.
- **Indirecta:** es cuando una persona bajo el cuidado o dependencia de otra genera el daño, el responsable de la persona asume la responsabilidad.

**Ley:** se define como el conjunto de normas jurídicas creadas para regular la vida de los seres humanos. La ley como fuente de la obligación es la causa más exacta para todas las obligaciones por que deben existir leyes que abarquen la responsabilidad y todas sus características.

Para Jorge Cubides (2012), los efectos de las obligaciones son:

Consecuencias jurídicas derivadas de las mismas; su efecto principal es ayudarle al acreedor a darle el derecho de exigir el cumplimiento de las prestaciones; por otra parte le ayuda al deudor a liberarse de la obligación.

**Del acreedor:** se le dará el derecho al acreedor para utilizar los medios legales para que

el deudor responda con lo que se le obliga. Podrá obtener indemnizaciones si son necesarias por parte del deudor.

Existen dos clasificaciones de los efectos de las obligaciones para el acreedor que son:

- **Principales:** es el cumplimiento de la obligación o ejecución directa, es el modo en que se cumplirá el requerimiento sin que lo haya pedido el acreedor.
- Una ejecución forzada es cuando el acreedor confronta al deudor para cumplir con sus obligaciones por medio de la ley; solo se puede forzar al deudor cuando la obligación es de dar.
- La ejecución indirecta se realiza cuando el deudor no cumple con la obligación, y el acreedor percibe daños o perjuicios.
- **Auxiliares:** son medidas cautelares para que el deudor cumpla con la prestación, tales como indemnización, embargos preventivos, revocatorias.

**Del deudor:** podrá librarse de la obligación, o podrá refutar las acciones de los acreedores cuando la obligación sea modificada por causas legales.

- Los efectos de las obligaciones para el deudor podrán ser verificados previamente al cumplimiento.
- Tendrá derecho mientras cumple con la prestación.
- Entrega o recibo de los documentos de cumplimiento.

**Extinciones de las obligaciones**

Según el código civil: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan

en darla por nula” (González, 2014).

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- Por la solución o pago efectivo: se debe cumplir con la totalidad de la obligación.
- Novación: se extingue la obligación porque sustituye la original por otra de mayor beneficio para el deudor.
- Transacción: es un contrato que debe ser solemne, en el cual las partes extinguen las obligaciones de forma extraprocésal o para evitar un litigio futuro.
- Remisión: es un acto de extinción de manera unilateral que por medio del cual se condona una deuda, esta extinción debe tener el componente de solemnidad.
- Compensación: cuando dos personas son deudoras una de otra, entre ellas nace una compensación que extingue las deudas de las dos partes.
- Confusión: es un acto por el cual el acreedor y el deudor se vuelven una sola persona, se verifica el derecho de confusión y se extingue la deuda.
- Por la pérdida de la cosa que se debe: si la cosa debida desaparece se extingue la obligación siempre que sea por fuerza mayor.
- Nulidad y rescisión: la nulidad absoluta sucede cuando no existe contrato por lo tanto no hay obligación.

Según Tafur González, A. (2014). La rescisión, también llamada la nulidad relativa es aquella que no puede ser declarada por un juez sin que la otra parte lo pida. Puede sub-

sanarse si se llega a un acuerdo.

Condición resolutoria: es un elemento accidental del contrato que puede servir para deshacer el acto jurídico o para obligar a cumplir con la prestación.

Prescripción: es el acto por el cual se sanciona al acreedor por no ejercer las funciones dadas al celebrar el contrato; es un modo de extinguir las acciones del acreedor.

4

Unidad 4

¿Qué son las  
garantías?



Teoría de la contratación

Autor: Diana Marcela Perilla Rodriguez

# Introducción

Las garantías hacen parte de los actos jurídicos, y con ellas se pretende obtener una mayor seguridad para el cumplimiento de las obligaciones. Las garantías son necesarias para disminuir los riesgos en las etapas de la contratación y este, se pueda ejecutar bajo los principios contractuales regidos por las leyes.

Con la presente cartilla el estudiante aprenderá a identificar cuáles son las garantías existentes en la contratación estatal, sus características y sus efectos para el posterior análisis y su integración con el sistema de salud.

De acuerdo con la metodología de educación virtual, los periodos se manejan por módulos de formación con la siguiente distribución:

**Momento de aprendizaje autónomo:**

Las actividades que se desarrollan son individuales. El estudiante debe realizar y entregar ejercicios, talleres de aplicación, lecturas, ensayos, participación en los foros, mapas conceptuales, en las fechas estipuladas para ello.

El aprendizaje autónomo será de un 75% por parte cada estudiante.

**Momento de aprendizaje tutorial:**

Las actividades que se desarrollan se realizan teniendo en cuenta el apoyo y acompañamiento del tutor por medio de la plataforma EPIC. Los estudiantes podrán apoyarse en los tutores para resolver dudas y afianzar sus conocimientos.

El aprendizaje tutorial será de un 25% con un acompañamiento del tutor.

La comunicación se realiza únicamente a través de la plataforma EPIC por las rutas acordadas para el envío de trabajos y el foro de dudas. Se permitirá el acceso a bases de datos virtuales. Videos y documentos, chat, encuentros sincrónicos, etc.

Para el desarrollo de esta unidad, el estudiante debe leer la Ley 80 de 1993 donde comprenderá todo lo relacionado con la administración pública: leerá la Ley 1150 de 2007 donde reconocerá las modificaciones de la misma y sus efectos en la contratación.

### ¿Qué son las garantías?

Son actos que se relacionan en el contrato para proporcionar mayor seguridad al momento de cumplir con las obligaciones. Las garantías soportan el funcionamiento de los actos o negocios jurídicos y se hacen responsables de los riesgos que se puedan presentar durante cualquier etapa de la contratación. Las garantías contractuales en su mayoría son voluntarias, donde las partes están de acuerdo.

Según el Decreto 1510 de 2013; "El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (I) La presentación de las ofertas; (II) Los contratos y su liquidación; y (III) Los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley".

Según el decreto 734 de 2012, las garantías son mecanismos de cobertura de los riesgos; es un instrumento que es otorgado por las partes, para garantizar que el proceso contractual minimice riesgos y cumpla con las obligaciones (Arboleda, Perdomo).

Según el código de comercio: "Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual

el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho" (Leal, 2014).

### Clases de garantías:

Según el Decreto 1510 de 2013, las garantías que los contratistas pueden dar para asegurar los cumplimientos de las obligaciones son:

Contrato de seguro contenido en una póliza.

Se componen de un asegurador que es una persona jurídica que asume los riesgos del contrato, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos. Además, se compone de un tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos (Leal, 2014).

Existe una garantía de seriedad de la oferta, la cual debe estar en la capacidad de cubrir sanciones que resultan de los incumplimientos de las prestaciones, estas pueden ser

- La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad: cuando se da ampliación al tiempo de la garantía (prorroga menor a 3 meses).

- Cuando se retira la oferta luego de que se vence el plazo fijado para la prestación.
- Cuando no se suscribe un contrato y no hay justa causa por parte del adjudicatario.
- Cuando falta el otorgamiento por parte del proponente escogido de la garantía del cumplimiento.

En la garantía del cumplimiento de los contratos se debe contemplar:

- Un buen manejo y correcta inversión de los anticipos (cubre perjuicios, no inversiones, usos indebidos de los anticipos, apropiaciones de los anticipos).
- Devolución del pago anticipado: cubre los perjuicios sufridos por las entidades estatales por pagos anticipados.
  - En el cumplimiento del contrato: cubre el perjuicio de las entidades estatales derivados de los incumplimientos totales o parciales del contratista, cumplimientos tardíos o defectuosos, daños imputables por entregas parciales cuando eso no es lo pactado en el contrato; el pago de las multas y de las cláusulas penales pecuniarias.
  - Pagos de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, cubren a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.
  - Estabilidad y calidad de la obra: cubre a la entidad estatal de los perjuicios dados por daño o deterioro, sufrido

por la obra entregada a satisfacción.

- Calidad del servicio: cubre los perjuicios derivados de la falta de calidad del servicio prestado.
- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes: cubre la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.
- Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato.

En el cubrimiento de la responsabilidad extracontractual, la entidad estatal debe exigir que en su objeto se considere un riesgo, para que se le otorgue una póliza de responsabilidad civil extracontractual para proteger eventualidades que se puedan presentar o reclamaciones de terceros por actuaciones, hechos u omisiones de los contratistas (Decreto 1510 de 2013).

Los amparos que se revisaron anteriormente, deben ser independientes para poder garantizar su cumplimiento.

Las entidades estatales solo podrán reclamar el valor de un amparo, estos no se podrán acumular.

Cuando se presenta la cesión del contrato a favor de la persona que es el garante, estará obligado a formar las garantías del contrato previstas anteriormente.

La Entidad Estatal admite las siguientes exclusiones:

- Causa extraña: es un caso fortuito de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

- Daños causados por el contratista a los bienes estatales.
- Uso indebido e inadecuado del mantenimiento preventivo en la Entidad Estatal.
- Deterioro normal que sufren los bienes entregados en el contrato, como consecuencia del paso del tiempo.

#### Patrimonio autónomo

El patrimonio como garantía es una figura de fiducia mercantil, debe cumplir los siguientes aspectos:

- El fideicomitente (persona que realiza un fideicomiso y prepara los bienes para el cumplimiento de los fines pertinentes al fiduciario), es quien oferta y está dispuesto a garantizar sus obligaciones, debe tener la facultad para poder hacerlo.
- La Entidad Estatal que contrata debe ser el beneficiario del patrimonio autónomo.
- La fiduciaria está obligada a realizar los actos necesarios para conservar los bienes y adoptar las medidas necesarias para que se garantice esta conservación.
- La fiduciaria debe realizar valoraciones de manera permanente a los bienes que hacen parte del patrimonio autónomo.
- La fiduciaria avisará a la Entidad Estatal y al fideicomitente con un periodo máximo de tres días la insuficiencia patrimonial autónoma, ya sea por disminución del valor de los bienes o por otros sentidos y exigir el reemplazo o aumento de los bienes para cumplir con la garantía.
- El fideicomitente, reemplazará los bienes en un máximo de treinta días, para responder con la solicitud de la fiduciaria.
- Los procedimientos de cambio de bienes se realizarán cuando se tenga que incorporar nuevos al patrimonio o cuando se esté incumpliendo con la garantía.
- La fiduciaria tendrá obligaciones como custodia y administración de bienes, verificación permanente del valor del patrimonio autónomo y rendición de cuentas.
- Para realizar el pago, debe haber pasado más de un año desde el contrato con la Entidad Estatal.
- La fiduciaria debe expedir a nombre de la Entidad Estatal un certificado de garantía el cual debe tener:
  - La suficiencia de la garantía debe cumplir con la legislación vigente.
  - Describirá el estado financiero actualizado del patrimonio autónomo y mostrará un informe detallado de los bienes existentes.
  - Descripción del procedimiento a realizar en caso de que la garantía se haga exigible.
  - Riesgos garantizados.
  - La anticipación que tiene la Entidad Estatal para pagar.
  - Se puede realizar la garantía sin afectar la suficiencia.

Los contratos no cumplidos no se podrán proponer en excepciones en la Entidad Estatal por la fiduciaria (Decreto 1510 de 2013).

La fiduciaria podrá retener el 1% mensual hasta completar el 3% de las rentas periódicas que produzcan los bienes del patrimonio autónomo; este porcentaje debe ser invertido para conservación, defensa y recuperación del patrimonio.



## Garantía bancaria

Las garantías bancarias y las cartas de crédito *stand by* pueden presentar las siguientes condiciones:

- La garantía debe ser descrita en un documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera.
- La garantía debe ser el requisito primario para la Entidad Estatal.
- La garantía debe ser irrevocable.
- La garantía debe estar acorde con las leyes vigentes colombianas.
- El garante debe renunciar a la excusión.

## Cláusula penal

La cláusula en su definición formal: se entiende como una proposición del contrato; en su definición material: la cláusula es un precepto que constituye el contenido del contrato. La cláusula se entiende también como el pacto que se realiza dentro del contrato (Fierro, 2011).

La cláusula penal, según el Código de Comercio en su artículo 867 "Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera

manifiestamente, excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte".

No se podrá realizar conjuntamente la indemnización de perjuicios y la cláusula penal, a menos que se haya firmado en el contrato desde su comienzo.

La cláusula penal tiene como fin, ser una apreciación anticipada de los perjuicios.

En un contrato se asegura el cumplimiento de las obligaciones, por medio de las cláusulas penales que consisten en dar o hacer algo, en caso de que estas no se realicen o tengan una mora la obligación principal.

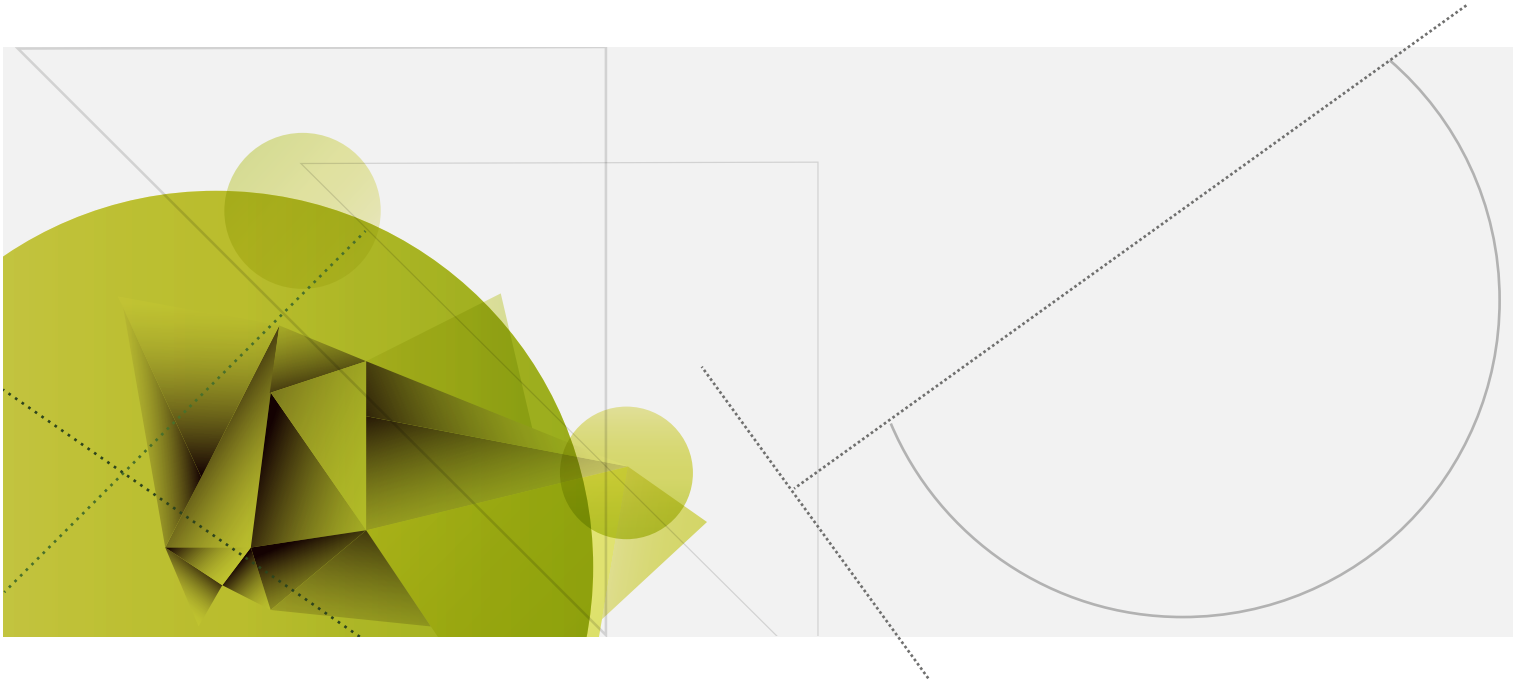
Las características más importantes de las cláusulas penales son:

- Representa una garantía más de la sanción a favor de la parte que cumplió y a cargo de la que no cumplió.
- Tiende a favorecer al acreedor aumentando las seguridades del crédito.
- Establece de forma anticipada el monto de la reparación del daño, lo cual tiene ventajas de tipo procesal, el acreedor no está obligado a probar el monto después del daño reparado, solo debe probar el incumplimiento.
- Puede ser moderada por un operador judicial o jurisdiccional a petición del deudor.
- Puede sustituir a la obligación principal cuando así se pacte, entonces la obligación se vuelve alternativa con elección al deudor.

# Bibliografía

- *Adolescencia, posmodernidad y escuela secundaria* (s.f.). La crisis de la enseñanza media.
- **Arroyabe, S. (2010).** *Las políticas públicas en Colombia*. Insuficiencias y desafíos.
- **Bernal, A. (2005).** *La familia como ámbito educativo*. Ediciones Rialp, S.A. Alcalá. Madrid.
- **Bruner, J. (1997)** *La educación, puerta de la cultura*, Madrid, Aprendizaje visor.
- *Claves para la educación popular* (1995). Editorial popular. Bogotá.
- **Cubero, M. & Sánchez, J. (2002)** *Práctica social y modos de hablar y pensar*. Infancia y aprendizaje.
- **Cubides, H & otros. (1998).** *Jóvenes, territorios culturales y nuevas sensibilidades*. Universidad Central.
- **Chaux, E & otros. (2008).** *Revista colombiana de educación. Violencia escolar*. No 55.
- **Filardo, V & Aguilar, S. (2002).** *Tribus urbanas en Montevideo: nuevas formas de sociabilidad juvenil*.
- **Gamero, M. (2008).** *La metáfora de las tribus urbanas y tribus urbanas como metáforas*. Vol. 2. Chile.
- **García, N. (2001).** *La globalización imaginada*. Paidós.
- **Jaramillo, J. (2002).** *Familia y colegio*. Editorial Norma, Bogotá.
- *Revista del Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional*. Medellín: Colombia.
- **Mejía, R. (1999).** *Marco de calles, parches galladas y escuelas*. Cap. 4. Universidad Nacional. Bogotá. Colombia.
- **Nogueiras, L. (1997).** *La práctica y la teoría del desarrollo comunitario*. Nancea.
- **Olson, R. (1998).** *El mundo sobre el papel. El impacto de la escritura y la lectura en la estructura del conocimiento*. Barcelona. Gedisa,
- **Santamaría, A. (2000).** *La mediación semiótica de las acciones humanas: análisis socio-cultural de la situación experimental*. Infancia y aprendizaje.
- **Spengler, O. (1996).** *La decadencia de occidente*. Madrid. Espasa Calpe.
- **Roa, G. Paola, A. Sanabria, G. & Robinson, A. (2004).** *Trayectos y aconteceres un proyecto sobre violencia y escuela. Los gestos y las palabras que duelen más que los golpes*. Universidad Pedagógica Nacional. Edición Antropos.
- **Reguillo, R. (2000).** *Emergencia de las culturas juveniles*. Editorial Norma. Bogotá. Colombia.
- **Reyes, C. (1994).** *El concepto moderno de Democracia en educación y modernidad: una escuela para la democracia*. Bogotá. Instituto para el desarrollo de la democracia. Luis Carlos Galán.
- **Rodríguez, A & Otros. (2007).** *Autonomía educación moral y participación escolar*. Eunsa. España. Pág. 76.

Esta obra se terminó de editar en el mes de octubre  
Tipografía Myriad Pro 12 puntos  
Bogotá D.C.,-Colombia.



**AREANDINA**  
Fundación Universitaria del Área Andina

MIEMBRO DE LA RED  
**ILUMNO**