

ESCENARIOS ESTUDIANTILES

Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta

Escenarios Estudiantiles / Sabaneta, Colombia / Vol.3 N° 1 / Enero-junio de 2017 / pp.132 / ISSN 2462-9529

FONDO EDITORIAL
Unisabaneta 


Unisabaneta[®]
Innovación y Emprendimiento para la Paz



Revista ESCENARIOS ESTUDIANTILES
Volumen 3, número 1, Enero-Junio de 2017
ISSN: 2462-9529

Publicación de la Corporación Universitaria de Sabaneta
Periodicidad semestral

Hernán Moreno Pérez
Presidente de la Asamblea de Corporados

Juan Carlos Trujillo Barrera
Rector

Mauricio Bocanument Arbelaez
Vicerrector Académico

Lina Marcela Acevedo Correa
Directora de la publicación

Juan Carlos Marín Castillo
Editor
Juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co

Centro de Idiomas Unisabaneta - CIU
Traducción

Caratula

Imagen tomada: <https://i2.wp.com/www.guggenheim.org/wp-content/uploads/2009/09/art-jackson-pollock-1953.jpg> 2
<https://i.pinimg.com/originals/1f/59/b2/1f59b2af9e00500e-d88a2c67ab4799d5.jpg> 3

Impresión, diagramación e ilustración:

Editorial Artes y Letras S.A.S.
Calle 76 # 45 A 38
Tel: (4) 372 77 16
Itagüí-Colombia

Los artículos son responsabilidad de sus autores y no comprometen en nada a la Institución ni a la revista.



Esta obra está bajo una licencia de
Creative Commons Reconocimiento - No Comercial -
Sin Obra Derivada 3.0 Unported.

Comité Editorial

- Juan Carlos Marín Castillo – Editor. juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co Corporación Universitaria de Sabaneta. Especialista en Derecho Constitucional, Magíster en Derecho Universidad de Antioquía, Doctorando en Filosofía Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín – Colombia.
- Lina Marcela Acevedo Correa, magister en Derecho – Universidad de Medellín. Medellín – Colombia.
- Juan de Dios Uribe Zirene, magíster en Administración de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín - Colombia.
- Jesús Obed Londoño, magíster en Dirección Universitaria de la Universidad de los Andes. Bogotá – Colombia
- José Saúl Trujillo González, magíster en Derecho Público, Universität Konstanz. Konstanz – Alemania.
- Misael Tirado Acero, postdoctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires – Argentina.
- Jessica Inés Barrios Ramírez, Doctorando en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires – Argentina.

Comité Científico

- William Alberto Ramírez Silva.
- Doctor en Psicología. Universidad Maimónides. Buenos Aires - Argentina
- Gustavo Beltrán Valencia, magíster en Derecho Universidad de Medellín. Medellín – Colombia.
- Omar Huertas Díaz. Ph.D.® en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Atlántico - Colombia
- Lorenzo Cotino Hueso. Doctor en Derecho. Universidad de Valencia. Valencia - España

Fecha de impresión: diciembre de 2017
Tiraje: 250 ejemplares
Canje: Biblioteca Corporación Universitaria de Sabaneta,
Teléfono: (574) 301 18 18 ext. 152
Correo electrónico: canje@unisabaneta.edu.co
Página web: <http://unisabaneta.edu.co/comunidad/vicerectorias/investigacion/editorial/>
Dirección: Calle 75 sur 34 – 120
Sabaneta, Colombia

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la revista con finalidades educativas, investigativas o académicas siempre y cuando sea citada la fuente. Para poder efectuar reproducciones con otros propósitos, es necesario contar con la autorización expresa del Fondo Editorial Unisabaneta.

Misión

La Corporación Universitaria de Sabaneta -UNISABANETA- es una institución emprendedora y de innovación, para la construcción y transferencia del conocimiento, desde el orden local y regional, con perspectiva social de su extensión y comprometida con la construcción de un país más pacífico, más justo, más solidario y con una conciencia social y ecológica.

Visión

La Corporación Universitaria de Sabaneta -UNISABANETA-, se propone ser reconocida como una institución emprendedora, con programas de excelencia para la construcción de un país caracterizado por la paz, la inclusión, la justicia y la conciencia social y ecológica.

Valores

Verdad
Bien común
Justicia
Solidaridad
Honestidad
Dignidad humana
Cooperación
Coexistencia pacífica
Utilidad

Mission

The University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, is an enterprising and innovative institution for building and transferring of knowledge from local and regional level, with social perspective of its extent and committed to building a more just, more peaceful, with more solidarity, social, and ecological consciousness.

Vision

The University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, aims to be recognized as an entrepreneurial institution with programs of excellence to build a country characterized by peace, inclusion, justice, social and environmental awareness.

Values

Truth
Common Good
Justice
Solidarity
Honesty
Human Dignity
Cooperation
Peaceful Coexistence
Utility

Contenido

	Presentación	7
--	---------------------	---

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria	11
--	----

The commercial franchise and the figure of joint and several liability
David Esteban Bedoya Sánchez
Andrea Monroy
Andrés Palomino Jaramillo
Asesores: Denis Contreras Posada, Jorge Mario Franco Vélez

¿En qué se fundamenta el consejo de estado para dirimir los conflictos que se presentan entre el estado, los entes de control y los contratistas en relación a las adiciones de obras y obras adicionales en más del 50 % en los contratos estatales?	47
--	----

¿Basis of the state council to resolve arisen conflicts between the state, the control entities and the contractors in relation to work additions and additional works in more than 50% of the state contracts?
Luisa Fernanda Hoyos Botero
Katherine Ramírez Restrepo

Corrupción: una mirada hacia lo público en Colombia	65
--	----

Corruption: a look at the public in Colombia
John Rueda
Asesor: Eyder Bolívar Mojica

Factor determinante para la vinculación de empresas de procedimientos estéticos a clústeres de salud en la ciudad de Medellín	83
--	----

Determining factor for the linking of companies of aesthetic procedures to health clusters in the city of Medellín.
Andrés Camilo Castañeda Bustamante
Leydy Johana Rodríguez González
Yesica Alejandra Soto Barco
Laura Cristina Vergara Calderón
Asesor: Olga Lucía Flórez Barreiro

La participación en clínica jurídica como experiencia investigativa y práctica-la protección de las comunidades indígenas por el derecho internacionales	93
---	----

Legal clinic participation as a research and practical experience - indigenous community protection by the international righth.
Sebastián Hurtado Correaz

Inclusión de los conceptos propios de conservación de los espacios públicos verdes y la ecología del paisaje en el plan de ordenamiento territorial del municipio de sabaneta

99

Incorporation of own concepts of conservation of natural and ecological public spaces in the plan of territorial ordering of the municipality of Sabaneta.

*Luz Andrea Quintero Salgado***
Asesor: Juan Rodrigo Vega Henaoz

Análisis del ciclo operacional empresa social del estado hospital Marco Fidel Suárez periodo 2015

109

Operational anlysis cycle of Hospital Marco Fidel Suárez social enterprise, 2015

*Johana Quiceno López***
Marisol Carvajal Giraldo

Presentación

La Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta–, se complace en publicar un nuevo número de la revista Escenarios Estudiantiles, con el fin de socializar los escritos de los ejercicios académicos desarrollados en las materias Proyecto Integrador, Proyecto Línea Investigación y Clínica Jurídica; además en este número se cuenta con la participación de dos trabajos de las universidades San Buenaventura y Luis Amigó, y una ponencia del Segundo Encuentro Regional de Consultorios Jurídicos y sus centros de conciliación de Antioquia, celebrado el pasado seis de mayo de 2016, que tuvo como temática las experiencias significativas derivadas de las prácticas.

En este número los lectores podrán encontrar diversidad de temáticas, tales como: la franquicia comercial y la responsabilidad solidaria en materia laboral, contratación estatal, la corrupción, clusters de salud, la clínica jurídica como experiencia significativa, los espacios públicos verdes, ciclo operacional de la ESE Marco Fidel Suárez.

Como se puede apreciar, este número abarca diversas temáticas que tienen como finalidad evidenciar los procesos formativos en investigación no solo en Unisabaneta, sino en otras universidades del Área Metropolitana, así como hacer públicos asuntos que trascienden lo académico y contemplan cuestiones propias de la realidad circundante.

De esta manera, la revista Escenarios Estudiantiles es una herramienta que busca afianzar el propósito de formación integral de las personas que son partícipes de los procesos académicos en la Institución y en aquellas otras que participan de este número, a quienes agradecemos su participación y las invitamos a que continúen vinculadas a este proyecto que tiene como propósito contribuir a los debates teóricos que en la actualidad se presentan en la sociedad colombiana.

Presentation

The Corporación universitaria de Sabaneta -Unisabaneta-, is pleased to publish a new issue of the Escenarios Estudiantiles magazine, with the purpose of socializing the academic writings obtained within the subjects in the subjects Integrative Project, Project Line Research and Legal Clinic; This issue also includes the participation of two works from the San Buenaventura and Luis Amigó universities, a presentation from the Legal Clinics Second Regional Meeting of Legal and its conciliation centers in Antioquia, held on May 6, 2016, which as a theme, the significant experiences derived from the practices.

In this opportunity, readers can find a diversity of topics, such as: commercial franchising and joint responsibility in labor matters, state contracting, corruption, health clusters, legal clinic as significant experience, green public spaces, ESE Marco Fidel Suárez operational cycle.

As you can see, this edition has several themes where Unisabaneta and other universities of the Metropolitan Area intend to demonstrate the formative processes in research, as well as make public topics that go beyond the academic and reflect aspects of the surrounding reality.

The Escenarios Estudiantiles magazine is a tool that aims to strengthen the integral training of the people participating in the academic processes of both the institution and this edition, whom we thank and invite to continue participating in this project that seeks to contribute to the current theoretical debates in Colombian society.

Misión de la revista

La revista Escenarios Estudiantiles, con ISSN 2462-9529, editada por la Corporación Universitaria de Sabaneta, tiene como propósito ser un espacio para la divulgación de resultados de investigación de estudiantes de la Institución y demás Instituciones de educación superior, con la finalidad de convertirse en un escenario de diálogo que fomenta la discusión en torno a la investigación formativa.

Mission of the magazine

The Student Scenarios magazine with ISSN 2462-9529, published by the University Corporation of Sabaneta, has as a purpose to be a space for the dissemination of results of the students research of the institution and others Institutions of higher education, in order to become a scenary of dialogue that promotes discussion about formative research.

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria*

*David Esteban Bedoya Sánchez***

*Andrea Monroy****

*Andrés Palomino Jaramillo*****

Asesores: Denis Contreras Posada

Jorge Mario Franco Vélez

Resumen

El modelo de la franquicia comercial hace parte de las estrategias adoptadas en muchos países con miras a dinamizar la economía, crear confianza en el mercado, brindar oportunidades de expansión y crecimiento empresarial bajo la visión de un modelo de negocio con éxito probado y con la promesa de darle seguridad, independencia laboral y económica a los franquiciados que con prisa buscan la rentabilidad que ofrece dicho modelo.

Pese a que la franquicia comercial tiene una evolución histórica que data desde la edad media, cuenta hoy con un escaso marco regulatorio en Colombia y en otros países. Esta situación genera dudas en cuanto al tipo de relación existente entre franquiciante y franquiciado, así como el alcance que tiene la figura de la responsabilidad solidaria en relación con los derechos de los trabajadores.

En el plano de lo real, una relación laboral no se conceptualiza por la forma mediante la que se pretende reglamentar, si no que se tipifica con unos hechos concretos, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre la forma, respondiendo a unos criterios en los que se fundamenta el Estado social y constitucional de derecho.

Según el Artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST), el trabajador en Colombia goza de una protección especial del Estado, y conforme a los artículos 1º y 5º de este código, se pretende “lograr una justicia entre las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores” “cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo” (CST), lo cual constituye una relación laboral que produce efecto general inmediato y que goza de un mínimo de derechos y garantías consagradas en el CST en favor del trabajador.

* Trabajo presentado en la materia Proyecto Integrador V del Núcleo Básico de Fundamentación Jurídica. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta -Unisabaneta-.

** Estudiante de quinto semestre de la facultad de Derecho de Unisabaneta. e-mail: david.bedoya@unisabaneta.edu.co

*** Estudiante de quinto semestre de la facultad de Derecho de Unisabaneta. e-mail: andrea.monroy@unisabaneta.edu.co

**** Estudiante de quinto semestre de la facultad de Derecho de Unisabaneta. e-mail: andres.palomino@unisabaneta.edu.co

El presente artículo busca identificar si alrededor de la franquicia comercial existe, según lo define el artículo 1º del CST, “un espíritu de coordinación económica, equilibrio social”, bienestar individual y colectivo y una calidad de vida integral que deben ser objeto de toda relación laboral; o si está planteado como un modelo que facilita la materialización de una relación laboral disfrazada que solo busca escapar de los costos y limitaciones que regula la legislación laboral y de la seguridad social en favor del trabajador.

Palabras clave: Franquicia comercial; Relación laboral; Responsabilidad solidaria; Tercerización.

The commercial franchise and the figure of joint and several liability

Abstract

Commercial's franchise model makes part of the strategies adopted in many countries to stimulate the economy to develop a market confidence, providing opportunities for expansion and business growth under the vision of a business model with proven success and the promise to give security, work and economic independence to franchisees seek hurry profitability offered by the mentioned model.

Although the commercial franchise has a historical development dating from the Middle Ages, has today little regulatory framework in Colombia and other countries. This situation raises questions about the type of relationship between franchiser and franchisee, and the scope that has the figure of joint liability with the rights of workers.

In terms of reality, a labor relationship is not conceptualized by the forms that it can regulate, but it is typified with specific facts, under the principle of the primacy of reality over form, responding to criteria in which it is based social status and constitutional right.

According to Article 9 of the Colombian Labor Code "CST", enjoys a special state protection, and under Article 1 and 5 of that law is to "achieve justice between the relations arising between employers and workers" "whatever their purpose provided that is effected pursuant to a contract of employment" (the Labor Code, 2015), which is a working relationship that produces overall effect immediately and generally enjoying a minimum of rights and freedoms contained in the Colombian Labor Code "CST" guarantees for the worker.

This research project seeks to identify whether around the commercial franchise exists as defined in Article 1 of Colombian Labor Code "CST", "a spirit of economic coordination, social balance", individual and collective welfare and quality of integral life that should be subject to all employment relationship, or if it is presented as a model which facilitates the materialization of a disguised employment relationship that only seeks to escape the costs and limitations governing labor law and social security in favor of the worker.

Keywords: Franchising; Employment relationship; Joint and several liabilities; Outsourcing.

Introducción

La franquicia comercial se ha presentado como un modelo de negocios que permite un crecimiento rápido, seguro y confiable, capaz de generar empleo y contribuir al sostenimiento de las economías de los países donde se desarrolla. Como resultado, la franquicia no solo como modelo de negocios sino como estrategia internacional de expansión le permite a los franquiciantes tener control del negocio y al mismo tiempo percibir réditos, sin la necesidad de afrontar las obligaciones que surgen de su actividad económica, ya que las obligaciones o los riesgos recaen sobre el franquiciado.

Con la evolución del modelo de la franquicia comercial, se tiene hoy un sistema con atributos que no permiten definir con facilidad el grado de responsabilidad que el franquiciante tiene con el trabajador del franquiciado, ya que el discurso se ha centrado principalmente en la esfera comercial, del emprendimiento, la motivación, las ganancias y no desde el Derecho, específicamente del Derecho laboral.

En el contrato de franquicia, aparecen elementos que suman complejidad a este modelo de negocio, como en el caso del trato que se le da a la propiedad intelectual, la competencia, la presencia o ausencia de regulación normativa y la situación económica de cada país. Una alta cifra de desempleo y la ausencia de regulación pueden convertirse en condiciones que favorecen un ambiente social donde el modelo de la franquicia comercial se desvirtúa, confundiendo la asesoría y la colaboración por parte del franquiciante con la dominación, dando como resultado una precarización de las condiciones laborales, el beneficio de las ofertas del sector de la tercerización y la afectación de la situación jurídica del trabajador de una empresa franquiciada.

Actualmente, la figura de la franquicia comercial en Colombia carece de un marco regulatorio específico que permita dar claridad al tipo de responsabilidades y obligaciones que nacen de la relación entre franquiciante y franquiciado, y de la incidencia de esta relación sobre los derechos de los trabajadores.

Este trabajo busca identificar las implicaciones derivadas de la figura de la responsabilidad solidaria entre franquiciante y franquiciado ante una demanda laboral dentro del sistema normativo colombiano, atendiendo a que el modelo de franquicia comercial pese a ser un contrato atípico, no puede ser ajeno a la realidad que se encuentra presente en las relaciones laborales.

En la primera parte se indaga acerca de la evolución de la figura jurídica del contrato de franquicia en Colombia, iniciando desde los aspectos históricos de la franquicia, los elementos que intervienen en el contrato, su relevancia en la economía e implementación en Colombia. En la segunda parte, se realizará un comparativo entre la regulación normativa existente sobre la franquicia comercial en EE.UU, México y Colombia, identificando los pronunciamientos más relevantes que se han presentado en materia de responsabilidad solidaria aplicada a la franquicia.

Por último se evalúan las implicaciones laborales que produce la figura de la franquicia comercial desde el franquiciante y franquiciado con el trabajador, categorizando las relaciones que surgen del contrato de franquicia, los niveles de responsabilidad entre franquiciante y franquiciado, la visión del derecho laboral en su dimensión colectiva frente a la franquicia, la situación jurídica de los trabajadores en la franquicia, la importancia de la etapa probatoria para determinar si se configura una relación de control y la figura de la tercerización laboral atípica

1. Evolución jurídica de la figura de la franquicia comercial en Colombia

1.1 Antecedentes de la franquicia Comercial

Podría pensarse que las expresiones “Concesión de derechos, libertad económica, apertura de mercados” son términos más cercanos a los tiempos de la llamada globalización

económica; sin embargo, estos términos han acompañado al modelo de la franquicia comercial desde sus orígenes en la edad media, y no son ajenos a la finalidad que persigue cualquier negocio o empresa, como es la rentabilidad.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE, 2016), la palabra franquicia proviene de franco, que a su vez es una “exención que se concede a alguien para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público” o dicho de otra manera en un sentido amplio es una licencia o un privilegio. Según Alfredo Manuel Coelho, la franquicia en la edad media era un “derecho o una prerrogativa” (Coelho, 2006) en la cual el propietario de un bien le confería a un tercero la capacidad de utilizarlo para luego distribuir los beneficios de la actividad productiva derivada de dicho bien.

Coelho indica que existen cuatro etapas que marcan claramente el desarrollo de la franquicia comercial. La primera es la denominada “*tied-house systems*” que se presentó alrededor del siglo XVIII con los fabricantes de cerveza alemana, y donde estos contrataban con las tabernas la venta exclusiva de sus marcas de cerveza. Luego en el siglo XIX la empresa Singer Sewing Machine Company comenzó a vender productos directamente a los representantes de ventas o fuerza de ventas con precios preferenciales para que estos a su vez retribuyeran a la empresa con la apertura de nuevos mercados.

El anterior modelo se denominó “*product-trade name franchising*”, en esta etapa comienza a definirse el rol del franquiciante, el franquiciado y la distribución de una marca específica. Posteriormente Coelho indica que fabricantes de la industria automotriz y gasolineras comenzaron a replicar el modelo de operación planteado por Singer, especialmente después de la primera guerra mundial. Así mismo, en el escrito “*History of world trade since 1450*” el mismo autor expone que fue en

esta etapa donde los franquiciantes descubrieron el potencial del negocio de la franquicia comercial, especialmente por el ahorro que representaba librarse de los problemas de distribución y entrega de los productos ya que “estos problemas se resolvían con el capital de otro al mismo tiempo que se expandía y valorizaba la marca” (Coelho, 2006).

La tercera etapa de la franquicia se desarrolló con los restaurantes A&W en el siglo XX y se conoció como la etapa del “*package*”. Todo el formato del negocio es el “*package*” y desde 1950 según (Coelho, 2006) es la forma más común de la franquicia, porque el franquiciado debe replicar todo el formato del concepto de negocio del franquiciante, producto, lema comercial, signos distintivos, marca, métodos, estructura y operación. Este modelo maduró en 1980 y desde esa década es el más usado también en hoteles y comidas rápidas.

Ante la fiebre que despertó el negocio de la franquicia comercial desde los años 50 y consecuentemente la gran cantidad de fraudes que sobrevivieron, se creó en 1960 la International Franchise Association con la finalidad de fortalecer la industria de la franquicia en el mundo. La IFA (siglas en inglés) se encuentra hoy vigente, sin embargo no como un órgano regulatorio sino como una institución que busca mejorar las relaciones entre franquiciante y franquiciado, así como servir de puente entre todos aquellos que están interesados en incursionar en el mercado de la franquicia.

Por último, se tiene que la cuarta etapa de la franquicia comercial se conoció como la de “*innovative solutions*” (Coelho, 2006) agregando elementos de valor a la oferta, como por ejemplo incluir figuras de acción en los empaques de comidas rápidas o regalar un aditivo de combustible en una estación de gasolina a modo de alianza estratégica para lanzar y posicionar un nuevo producto. Básicamente se busca mejorar las ofertas del “*package*” que ya se conocía en la tercera etapa para disminuir costos y generar nuevos ingresos.

La franquicia vista desde la edad media ha evolucionado notoriamente hasta nuestros días, pues podría encontrarse que la época del feudo guarda cierta relación cruda con la franquicia. No obstante la figura evolucionó en cuatro momentos, de los cuales tres fueron decisivos y le dieron la forma que hoy se conoce ampliamente, para llegar a una etapa actual donde el formato del negocio y las alianzas estratégicas tratan de garantizar continuidad y presencia en el mercado.

1.1.1 La franquicia y su relevancia en la economía mundial

En este punto no resulta clara la definición que hace la RAE sobre el significado de la palabra franquicia, por tanto es necesario definir el concepto de forma que permita avanzar en el desarrollo del tema aquí planteado. Según Coelho (2006) la franquicia “es una red de firmas en la cual un fabricante de un producto o servicio (franquiciante) otorga derechos exclusivos a emprendedores locales (franquiciados) para llevar a cabo un negocio en un área definida, usando métodos prescritos en un tiempo específico”.

Lo anterior implica que el franquiciante puede otorgarle al franquiciado la licencia de uso de la propiedad intelectual, el know-how, logos, lemas comerciales, marcas, modelo de negocio, signos distintivos, asesoría permanente y colaboración. Se debe aclarar que la anterior definición no permite diferenciar del todo la figura de la franquicia con otras como la concesión o el contrato de distribución, pero los investigadores se acogen temporalmente a la interpretación de Coelho.

Sin embargo, como se verá más adelante, la licencia que el franquiciante le otorga al franquiciado se puede convertir al mismo tiempo en una exigencia, ya que como se evidenció en el modelo “package” de la franquicia si el formato de negocio del franquiciado debe ser igual al del franquiciante, se tendría enton-

ces un alto grado de injerencia por parte del último. En el caso de un establecimiento como un restaurante, se podría exigir una misma distribución de sillas, mesas, colores, equipos, música, iluminación, menú, método de fabricación, compra de insumos, comportamiento de los trabajadores con los clientes, uniformes, entre otros, de tal manera que la experiencia sea para el cliente totalmente transparente.

Al mencionar la palabra franquicia casi siempre se evocan restaurantes de comidas rápidas, pero el modelo aplica a muchos sectores empresariales. Para Coelho (2006) existen dos tipos de franquicia, la primera es “product distribution” y la segunda “business format”, caracterizándose la primera porque el franquiciado vende todos los productos del franquiciante pero no se llega al punto en que el franquiciante controla todo el sistema sino que hay una entrega parcial de licencias o una autorización para distribuir y usar la marca. En el segundo caso del “business format o package” hay una réplica de todo el concepto de negocio, a tal punto que para los investigadores en este tipo de modelo el franquiciante y el franquiciado son recíprocos.

Así las cosas el modelo de franquicia según Karelys M. Osta no permite una cuantificación precisa de las cifras sobre el impacto en la economía mundial porque intervienen gobiernos, asociaciones de franquicias y empresas consultoras, “pero tal situación no pone en duda la trascendencia de la franquicia en la actividad económica a nivel mundial” (Osta, 2006). Para la autora, en los países primero se implementan franquicias internacionales y luego se desarrollan emprendimientos locales que en algunas oportunidades pueden trascender nuevos mercados.

En Europa se caracterizan Francia, Alemania y el Reino Unido como los países que tienen el mayor volumen de ventas, tamaño de redes y generación de empleos directos e indirectos. Por otro lado en Asia se destacan

China, Japón, Filipinas e India con cifras que superan por mucho a Europa en cuando a redes, establecimientos y generación de capital.

En el caso de Latinoamérica los países que encabezaban la lista con mayor desarrollo del modelo de franquicia comercial hasta el año 2006 eran Brasil, México y Argentina. Desde el año 2009 México y Colombia han tenido el desarrollo más acelerado del modelo de franquicia en Latinoamérica, según el diario La República, citado por Estepa (2010). El investigador Rodrigo Plazas (Estepa, 2010) indica que el modelo de franquicia comercial ha contribuido a superar la crisis económica mundial en los países que la han implementado, y representa para el caso colombiano una oportunidad para potenciar el crecimiento económico por tratarse de una estrategia novedosa en el territorio nacional.

Respecto a EE.UU, merece destacarse que la franquicia comercial maduró en ese país (Coelho, 2006) pero finalmente pasó por un periodo de inestabilidad debido a que “se saturaron las franquicias de comidas rápidas” y por tal razón avanzaron a franquicias de comunicaciones y transporte. El estudio de Karelys M. Osta concluye que las franquicias son un elemento dinamizador de la economía mundial porque “permite reproducir iniciativas empresariales exitosas” (Osta, 2006).

Pese a lo anterior, el estudio de Karelys M. Osta también refiere a Gibson y Fairbourne (citados por Osta, 2006) al afirmar que la franquicia “es una manera superior de crear y replicar empresas privadas y sociales exitosas en economías en desarrollo, y las incluyen como el paso de mayor efectividad de desarrollo económico a largo plazo para intervenir la pobreza potencial, ya que brindan modelos y formatos empresariales a los pobres, constituyendo una manera efectiva de acelerar la creación de empresas locales exitosas”.

Sin embargo, no encuentra sustento en la anterior afirmación ya que el franquiciado es

el encargado de correr los riesgos empresariales, aportar el capital, el tiempo y materializar el éxito del negocio. Es una equivocación afirmar que la franquicia es un programa de inversión social o que siquiera persigue tales fines, aunque no se desconoce que la Cámara de Comercio de Medellín se encuentra impulsando programas de micro franquicias para franquiciantes potenciales.

1.1.2 La franquicia en la economía colombiana

La ola del emprendimiento llegó a Colombia desde hace más de una década, y se ha intentado impulsar desde la academia la idea de ser los dueños del propio negocio como una forma de lograr el anhelado éxito profesional. Sin embargo, en la búsqueda por adoptar modelos de negocios innovadores que le den sostenibilidad y confianza al mercado, se ha priorizado la esfera comercial y desestimado la del derecho laboral.

Uno de los factores decisivos para el surgimiento del modelo de franquicia en Colombia fue, según Estepa (2010), la crisis económica que generó la apertura económica en los 90, y ya sea por la necesidad de fortalecer el mercado nacional o por la desidia estatal, la franquicia comercial se ha desarrollado en el país sin un marco regulatorio que de claridad sobre las variables que rodean a esta figura de negocios. Según Colfranquicias (Cámara Colombiana de Franquicias), creada en el 2012 por franquiciantes en Colombia y que busca ser una institución rectora de este modelo de negocios en el país, hoy en Colombia “hay más de 8.900 unidades de franquicias establecidas, de las cuales 4.272 son locales” (citado por Diario la República, 2015).

La anterior cifra cobra relevancia, porque ya Karelys M. Osta había manifestado en el año 2006 que el comportamiento de la franquicia en los países Latinoamericanos es la de una disminución de los franquiciantes extran-

jeros y un aumento de los franquiciantes locales. A principios del año 2000 había presencia en un 90% de franquiciantes extranjeros y hoy es del 52% (Diario la República, 2015), siendo Estados Unidos el país con mayor presencia en Colombia. Las cifras de Colfranquicias refieren a 580 marcas divididas en 8.900 unidades de franquicias con un 38% ocupando el comercio detallista, 36% a restaurantes y 26% al sector de la educación, salud y cuidado personal, generando cerca de 37.000 empleos en el país.

El informe de Colfranquicias también indica que la franquicia comercial se está fortaleciendo en el sector petrolero, gas, agro y multimedial. El Dr. José Roberto Acosta citado por (Diario la República, 2015) afirma “si bien los tratados comerciales que ha concretado Colombia cierran posibilidades al productor y empresario local, también lo obliga a ser original y agresivo. En ese sentido han salido muchas iniciativas y proyectos colombianos que han alimentado el nuevo indicador de franquicias nacionales”, ya que “los cambios que ha presentado la franquicia en Colombia son efectos del TLC” (Estepa, 2010).

Sin embargo, cabe cuestionarse sobre las implicaciones que representa para las condiciones laborales de los trabajadores el que los productores y empresarios colombianos tengan que ser originales y agresivos, ya que dicha agresividad y originalidad puede entrever un trasfondo de explotación y precarización de derechos, en los cuales se sacrifica al trabajador en aras de obtener el máximo beneficio.

Además, el país no es ajeno al fenómeno que se presentó en los años 50 y 60 en EE.UU y que dio origen a la IFA, ya que la fiebre de las franquicias trajo consigo una serie de fraudes y malos negocios que afectaron directamente a los entusiasmados franquiciados en busca de negocios con éxito seguro. Desde el 2010 en Colombia comenzó un crecimiento desenfrenado de la franquicia y “se registraron 29.000 solicitudes de las cuales el 60% eran negocios nacionales” (Diario la República, 2015). Estas cifras despiertan la preocupación de los investigadores porque puede operar la mala fe en franquiciantes jóvenes que oferten sus negocios a posibles franquiciados inexpertos que desconocen las obligaciones que surgen de este tipo de contrato.

Surge la siguiente pregunta ¿En dos o tres años de operación una empresa pequeña puede llegar a madurar el concepto del know-how a tal punto de poder volverse franquiciante? Esta preocupación también es compartida por Colfranquicias que advierte en sus recomendaciones al momento de abordar este negocio que no todas los franquiciantes son profesionales en su actividad y por tanto no es una fórmula consolidada e implica un riesgo para el franquiciado.

Se presenta en la siguiente tabla la información correspondiente al costo de implementación de una franquicia reconocida, usando como fuente un estudio del Diario la República (La República, 2015).

Tabla 1. Costos para implementar una franquicia reconocida en Colombia (La República, 2015)

Franquiciante	Presencia en Colombia	Inversión	Tiempo para desarrollar el local	Pago a la marca	Punto de equilibrio
Subway	Más de 350 puntos de venta	\$290 millones a \$422 millones por local	Tres o cuatro meses	12.5% de regalías semanalmente sobre las ventas netas	Entre tres y seis meses
Bogotá beer Company	24 pubs en cinco ciudades	\$120 millones y \$150 millones para el formato “bodega”	Un mes	3% sobre las ventas	Depende de la ubicación de la tienda
Dogger	Más de 110 locales	Hasta \$290 millones	Un mes	Gasto en insumos de hasta 50%	La marca no asegura un tiempo exacto
Servientrega Efecty	Más de 600 puntos	Hasta \$15 millones	Un mes	Sistema de comisión por línea de negocio	Se alcanza dependiendo del flujo de envíos

Fuente: La República, 2015

1.2 Elementos del contrato de franquicia comercial

Los elementos del contrato de franquicia comercial aparecen en la misma definición que hace el Icontec en la norma técnica NTC5813 “acuerdo por medio del cual una de las partes –franquiciante- concede a la otra –franquiciado- el derecho de probar un sistema de negocio probado, replicable y transmisible que involucra la licencia de uso de signos distintivos, y en algunos casos, derechos de autor, nuevas creaciones y/o secretos industriales en un territorio y período determinados, contra pagos directos o indirectos (cualquiera que sea su denominación) proporcionando el conocimiento y la asistencia que facilita su explotación” (Icontec internacional, 2010).

De la anterior definición destaca la relación contractual entre las partes (franquiciante y franquiciado), la figura de la autonomía de la voluntad, la licencia de uso (transferencia de propiedad intelectual) de la marca y el know-

how (el conocimiento exclusivo, imprescindible para el perfeccionamiento del contrato, transmisible y con valor en el mercado que contiene la experiencia y las prácticas que garantizan la operación del negocio del franquiciante a nivel comercial, de mercadeo, fabricación, distribución, perfil de la planta de trabajadores, entre otros).

La definición que hace el Icontec carece de una característica muy conveniente para el modelo de la franquicia y es la independencia que se pretende debe existir entre franquiciante y franquiciado, de tal manera que no surjan obligaciones inconvenientes para este modelo de expansión empresarial y para el cliente no exista diferencia porque comparten la misma imagen comercial.

Otro elemento que se deduce de la definición es la temporalidad y el territorio en el cual se realiza la actividad económica, porque un franquiciado no compra una franquicia, sino que adquiere la licencia de uso de ésta. La

asesoría o asistencia por parte del franquiciante es otro elemento existente para que el franquiciado alcance el punto de equilibrio en el menor tiempo. Respecto al territorio, la norma técnica NTC5813 considera que la Internet también hace parte del territorio, una afirmación en la que pueden confundir el espectro electromagnético con el concepto de la Internet; aunque un dominio es un bien susceptible de valoración económica y de apropiación, no se ve relación con el concepto material y físico de territorio.

El pago es el otro elemento fundamental de la franquicia, porque puede ser un pago por un derecho de entrada (canon de entrada), regalías mensuales o semanales (royalty), compra exclusiva de bienes/servicios al franquiciante, pagos a un fondo común destinado a publicidad, pagos por soporte en tecnología, asesorías comerciales; entre otros.

1.3 El contrato de franquicia en Colombia

Teniendo los elementos que intervienen en el contrato de franquicia, se debe aclarar que se trata de un contrato atípico en el ordenamiento colombiano, que se ha desarrollado más desde el derecho consuetudinario y las obligaciones que surgen de las relaciones contractuales.

No es objetivo de escrito centrarse en la crítica que se hace al modelo de franquicia en cuanto que carece de una regulación específica, ya que la Ley no es la única fuente de Derecho, y el Derecho consuetudinario es perfectamente válido. Sin embargo, se considera que es ventajoso para el franquiciante que el contrato se rija por la costumbre, ya que le representa ventajas fiscales, tributarias, comerciales y laborales, tal como se ve más adelante.

El contrato de franquicia tiende a ser confundido con el concepto de la transferencia de tecnología, la agencia comercial o la concesión. Sin embargo, en 1986 el Tribunal de justicia de

la Comunidad europea en el caso Pronuptia de París se pronunció respecto a la franquicia de la siguiente manera:

“Los contratos atípicos de franquicia de distribución se diferencian en esto de los contratos de concesión de venta o de los que vinculan a revendedores autorizados en un sistema de distribución selectiva, que no van acompañados ni de la utilización de un mismo rótulo, ni de la aplicación de métodos comerciales uniformes, ni del pago de cánones como contrapartida de las ventajas concedidas” (Tribunal de justicia europeo, 1986)

Con lo anterior se logra establecer la diferencia principal entre el contrato de franquicia comercial y otras figuras de distribución, centrándose en el uso de la marca, la implementación del formato de negocio y el pago del canon al franquiciante.

Puede afirmarse que siendo un contrato atípico, también es de ejecución sucesiva “ya que supone la ejecución de prestaciones sucesivas durante un periodo definido” (Fernández y Acosta, 2000), es un contrato escrito de adhesión porque según los dos autores mencionados, uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión (franquiciado) a las condiciones impuestas por el otro (franquiciante) aunque “algunos tratadistas niegan la índole contractual del modelo de adhesión debido a una voluntad reglamentaria” (Fernández y Acosta, 2000).

El contrato de franquicia también se considera oneroso, bilateral porque las partes contratantes se obligan recíprocamente, lo cual implica interdependencia que a su vez es protegida por la acción resolutoria del contrato (artículo 1546 Código Civil) y la excepción de contrato no cumplido (artículo 1609 Código Civil).

Rodríguez y Fonnegra citados por (Fernández y Acosta, 2000) indican que la categoría de contrato principal o accesorio “es un concepto absurdo” porque “todo contrato subsiste por sí mismo dentro de las condiciones lega-

les”, por tanto lo que existe son contratos que producen obligaciones principales y contratos que producen obligaciones accesorias.

La norma técnica NTC5813 del Icontec, contiene un modelo de contrato de franquicia que presenta requisitos generales para la etapa precontractual, contractual y postcontractual de la franquicia en Colombia y contempla unos aspectos mínimos tendientes a proteger la confidencialidad de los secretos industriales y el know-how del franquiciante.

2. Derecho comparado entre el marco regulatorio de la franquicia comercial en Colombia con la regulación normativa de México y EEUU

2.1 Regulación en México

En Latinoamérica, México es uno de los países con más éxito en la implementación de franquicias (Estepa, 2010), y al mismo tiempo se han hecho pronunciamientos importantes en materia de responsabilidad laboral al punto de no considerar más el contrato de franquicia como atípico.

La Ley de Fomento a la propiedad industrial, publicada por el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991, define en el numeral VII del artículo 2 el siguiente objetivo: “Establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias, así como garantizar un trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante”. Es así como esta Ley plantea los requisitos para poder realizar el contrato de franquicia, normativiza las patentes, la protección de los diseños industriales, las licencias y las transmisiones de derechos, secretos industriales, marcas y avisos comerciales.

En el año 2006 se adicionó el siguiente artículo:

Art. 142 Bis 1.- El franquiciante podrá tener injerencia en la organización y funcio-

namiento del franquiciatario, únicamente para garantizar la observancia de los estándares de administración y de imagen de la franquicia conforme a lo establecido en el contrato.

No se considerará que el franquiciante tenga injerencia en casos de fusión, escisión, transformación, modificación de estatutos, transmisión o gravamen de partes sociales o acciones del franquiciatario, cuando con ello se modifiquen las características personales del franquiciatario que hayan sido previstas en el contrato respectivo como determinante de la voluntad del franquiciante para la celebración del contrato con dicho franquiciatario.

Dado lo anterior el franquiciante puede controlar la operación del franquiciado en aras de garantizar que la imagen de la franquicia sea transparente para el cliente, lo cual indica que tiene la facultad de intervenir en la planta de personal y todos los aspectos tendientes a la observancia de los estándares de operación de la franquicia.

Para la autora Ruth González Mulett (2010) resulta interesante evidenciar que la regulación no se hizo a través de una norma específica sino por medio de la propiedad industrial, y concluye que al contrato de franquicia “también le son aplicables la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código Civil Federal y Local, Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley Federal del Trabajo, Ley de Competencia Económicas y leyes Especiales”.

La Ley de competencia económica hace una categorización específica de mercados, productos y servicios considerados como “relevantes”. No obstante la Ley de competencia económica no hace ninguna referencia a un significado concreto del término mercado relevante, producto relevante o servicio relevante, si es posible discernir que se refiere a

las opciones que un consumidor tiene en un determinado territorio para elegir diferentes bienes y servicios; al mismo tiempo que sobre dicho mercado, bienes y servicios relevantes son aplicados controles relacionados con la competencia para evitar el abuso de la posición dominante.

En materia de leyes especiales son aquellas que contemplan obligaciones que surgen de la relación contractual entre franquiciante y franquiciado, al igual que las demás disposiciones normativas que se crean en materia de franquicias. Hasta el año 2005 se usaba la Circular de oferta de franquicia (COF) de forma tradicional y desde el 2006 se convirtió en exigencia. Se trata de un documento preparatorio en el cual el franquiciante evidencia su situación técnica, jurídica, económica y comercial para darle confianza al futuro franquiciado.

Finalmente la Ley Federal del Trabajo y la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Nación indican que frente al trabajador, en el contrato de franquicia no se puede hablar de contratantes, sino de patrón y trabajador por lo que aparecen obligaciones laborales solidarias que implican que el franquiciante sea solidariamente responsable por los trabajadores del franquiciado, de conformidad al artículo 13 de esta Ley:

“No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores”.

2.2 Regulación en Estados Unidos

Como se mencionó al principio, la franquicia comercial maduró en EE.UU (Coelho, 2006), y fue a través del “Disclosure require-

ment and prohibitions concerning franchising and business opportunities venture” o según Michel Kahn citado por (Mulett, 2010) el “Full Disclosure Rule” cuando la Comisión Federal de Comercio obligó a los franquiciantes a elaborar un prospecto de todo el negocio para dar confianza al posible franquiciado antes de celebrar un contrato de franquicia.

Adicional al requerimiento anterior, cada estado acogió también la “Circular de oferta uniforme de franquicia (UFOC)” (Mulett, 2010), con la que refuerzan la normativa interna de entrega de información a los futuros franquiciados y de esta manera evitar fraudes. También cada estado adopta una definición y disposiciones diferentes sobre la franquicia, al punto que en Nueva York el contrato de franquicia puede ser oral.

El “Petroleum marketing act” o Ley del Petróleo (Mulett, 2010), es una norma destinada a un sector específico y busca evitar que se dé la terminación arbitraria del contrato de franquicia en los casos de franquicias de estaciones de combustible.

En 2015 una decisión del National labour relations board (NLRB) contra McDonald’s determinó que dicha empresa comparte con sus franquiciados la responsabilidad sobre el manejo de los trabajadores, con lo cual la NLRB estaría reescribiendo la historia del modelo de franquicias en EE.UU a través del uso de la figura doctrinaria del joint employer, en la cual dos negocios relacionados entre sí comparten el control de un trabajador. Sin embargo es notorio como en México ya se había hecho este avance jurisprudencial y se logró vincular la figura de la responsabilidad solidaria en el contrato de franquicia.

2.3 Regulación en Colombia

No se puede desconocer el principio de la plenitud hermenéutica del Derecho, a partir del cual no es dado argumentar que hay vacíos en la ley, pero el modelo de la franquicia comercial no se ha regulado en Colombia al

mismo tiempo que franquiciantes y franquiciados siguen fincados en el discurso de las teorías liberales donde al Estado solo le compete encargarse de la seguridad de sus asociados, ya que “la regulación desestimularía la autonomía de la voluntad de las partes para fijar sus propias reglas, desarticular el negocio y causar un efecto contrario” (Quiroga, 2014).

Ya se ha mencionado que la norma técnica NTC5813 constituye una guía de buenas prácticas y autorregulación en materia contractual, pero no adopta una posición definida respecto a las obligaciones y alcances de la responsabilidad laboral que surgen de la relación franquiciante/franquiciado.

Pese a no estar reglamentada, a la franquicia en Colombia le son aplicables las regulaciones en materia de “propiedad intelectual, secretos empresariales, normas sanitarias, inversión extranjera, compraventa, competencia, consumidor, sociedades y principios generales de Derecho” (Quiroga, 2014) por ser normas relacionadas con temas contractuales. También aplica “la costumbre, la teoría de las obligaciones y las normas generales de carácter imperativo del Código Civil y Código de Comercio” (Mulett, 2010).

Es así como el contrato de franquicia tiene su sustento en “el principio de la buena fe y la autonomía de la voluntad de las partes” (Mulett, 2010) y su capacidad para realizar contratos bajo la libertad económica que refiere la Constitución Política y como lo establece el Código Civil en el artículo 1602 “el contrato es Ley para las partes”, siempre y cuando no contravenga las normas de orden público.

Un hallazgo interesante en cuanto al contrato de franquicia, lo constituye uno de los resultados obtenidos en el estudio “Valoración de los recursos intangibles: un análisis empírico para el sector de la franquicia” de (Juste, Palacios, & Redondo, 2006) en el cual evidenciaron que en el modelo de franquicia muchas veces más significativo que el grado de injeren-

cia que pueda resultar del contrato, es el royalty o el pago periódico que el franquiciado le debe hacer el franquiciante. Por lo tanto, el canon (pago para entrar a la franquicia) o el royalty (las regalías) cobran mayor relevancia, y junto a otras variables comerciales son las que tienen las prerrogativas (reputación, imagen de la marca, propiedad intelectual, acreditación).

Ya se ha reiterado a lo largo de este artículo que el contrato de franquicia comercial es un contrato atípico en Colombia y no se encuentra reglamentado, no obstante es fundamental aclarar que el hecho de la atipicidad de los contratos no se refiere necesariamente a que permitan todo tipo de transgresión legal y la tipicidad del contrato a uno que contemple todas las implicaciones y posibilidades que puedan surgir de su celebración, ya que la elaboración de algunos contratos atípicos pueden llegar a contener un nivel de detalle y perfección que no da lugar a ningún tipo de cuestionamiento sobre su validez.

La discusión recae en qué tipo de normas son aplicables cuando se presenta un conflicto derivado del contrato, si los principios generales de las obligaciones y los contratos o la reglamentación que ya está contemplada en los contratos típicos, a través del concepto del “contrato más cercano” (Carrá, 2008), y es basados en esto que aparece el recurso de la tipicidad social en el cual “los contratos atípicos, mientras continúen no siendo típicos en su sentido legal, lo serían bajo una visión más realista o sociológica del derecho. (Carrá, 2008).

Respecto a la tipicidad social del contrato, Alterini (citado por Carrá, 2008) indica que “Los contratos atípicos con tipicidad social, en subsidio de la voluntad de partes, están regidos prevalentemente por los usos y costumbres del lugar de celebración”. Tendiendo esto en cuenta, si el contrato de franquicia goza de tipicidad social entonces “le son aplicables las normas generales de carácter imperativo contenidas en el Código Civil, Código de Comercio y los usos y costumbres comerciales” (Mulett, 2010).

Luego de realizar un rastreo sobre la jurisprudencia o los pronunciamientos de las Cortes en Colombia sobre temas relacionados con el contrato de franquicia, las implicaciones de la responsabilidad solidaria o litigios que involucren demandas laborales, resulta sorprendente no encontrar información relacionada con el tema, y pese a lo desconcertante que pueda ser según Herrera & Moreno (2009) dicha ausencia de pronunciamientos es “debido a que usualmente se suscriben cláusulas penales que obligan a mantener silencio en torno al contrato de franquicia, el sistema no cuenta con tanta jurisprudencia como se quisiera”.

Hasta este punto de la investigación, se evidencia por medio del estado del arte que el tema laboral está por fuera de la esfera de la franquicia y el dominio de las temáticas está fincado en la relación franquiciante- franquiciado y la protección del formato de negocio; de manera que se garantice el cumplimiento de todos los requerimientos que el franquiciante haga para que su negocio continúe según sus disposiciones, haciendo que las cláusulas de protección de la propiedad intelectual e industrial llene de hermetismo el modelo de la franquicia en cuanto a las implicaciones laborales y de responsabilidad solidaria que derivan de este tipo de contrato.

2.3.1 Relevancia de la norma técnica NTC5813 del Icontec

Desde el año 2010 la norma técnica NTC5813 del Icontec se estableció como una vía de autorregulación en la que se establecen los requisitos precontractuales, contractuales y postcontractuales de la franquicia en Colombia. Dicha norma técnica también se conoce como la guía de buenas prácticas encaminadas a normalizar la franquicia, y en su elaboración intervinieron franquiciantes reconocidos en el mercado.

Esta norma contiene lineamientos básicos de información sobre el franquiciante y el concepto del negocio, de manera que el po-

sible franquiciado tenga seguridad acerca del contrato que va a celebrar y no sea víctima de estafa o de celebrar un contrato que le representará pérdidas. Es entonces un documento voluntario que establece unos requisitos informativos que el franquiciante debe aportar para darle claridad y seguridad al negocio que se va a franquiciar.

El iter de la NTC5813 contiene inicialmente un glosario de términos en el cual se define la franquicia, know-how, la forma de hacer los pagos, concepto del negocio, marca, signos distintivos, lema comercial, territorio, entre otros. Respecto a este punto ya se mencionó que llama la atención de los investigadores la definición que se hace de franquicia comercial, donde no especifican que las empresas sean independientes y en la definición que hacen sobre territorio en la cual incluyen a la Internet como parte de éste.

Se establecen los requisitos mínimos con los que debe cumplir el franquiciante, como son el modelo de negocio con mínimo 2 años de funcionamiento, el know-how, la titularidad de la propiedad intelectual, patentes, entre otros. Igualmente especificar el tipo de franquicias ya que se acepta la franquicia de prestación de servicios en la cual no hay local, por facultades otorgadas o por territorio concedido.

El franquiciante debe demostrar la viabilidad financiera de la franquicia, la estructura organizacional y la planeación del modelo de expansión de la franquicia en el territorio. Como se identificó en el cuadro comparativo de la franquicia en México y EE.UU, si hay referencia a un grado de control o injerencia del franquiciante hacia el franquiciado, que se manifiesta como la obligación de “dar estricta aplicación al know-how entregado bajo los parámetros establecidos por el fabricante. Como sinónimo de control se usa la asistencia técnica o capacitación, que en realidad es una forma de intrusión ya que contempla “selección del local, adecuación del local, instalación de equi-

pos, contratación de personal, entrenamiento de personal, puesta a punto y apertura” (Icontec internacional, 2010).

El grupo de investigación considera que lo anterior constituye una forma de control por que la premisa del franquiciante es que el cliente no sienta diferencia entre un local/servicio u otro, y para esto la asesoría o las recomendaciones al franquiciado respecto a la disposición del negocio o el formato de negocio (modelo package) son formas de disfrazar la imposición de unas condiciones que deben compartir todos los negocios, como son aroma del local, uniformes del personal, horarios, ubicación de implementos, equipos, método de atención, entre otros, ya que replicar al franquiciante es precisamente el espíritu de la franquicia por excelencia según (Coelho, 2006) y el franquiciante busca expandirse sin comprometer capital propio.

El franquiciante debe aportar un plan detallado de entrenamiento, plan de aprovisionamiento donde se identifican los productos y servicios que requiere el franquiciado para operar, proveedores, criterios de compra, obligaciones respecto a la propiedad intelectual, el manual de franquicia que contiene lo referente al manejo de la marca, gestión del talento humano (gestión de personal) y un historial de litigios o procesos judiciales en los que el franquiciante haya estado o se encuentre en curso.

Finalmente, se entregan los elementos mínimos que debe tener un contrato de franquicias con las obligaciones que contrae franquiciante y franquiciado de manera que el negocio opere con transparencia para los clientes.

La norma NTC5813 del Icontec presenta aspectos similares a la Circular de oferta

de franquicia (COF) de México, y la Circular de oferta uniforme de franquicia (UFOC) de EE.UU, en cuanto es un prospecto que busca generar confianza en el inversionista o futuro franquiciado sobre la franquicia en la que va a ingresar. De tal manera que redunde en aumentar la confiabilidad del mercado de franquicias y evita que se presenten estafas y los malos negocios que sucedieron en EE.UU en los años 50 con la fiebre de las franquicias y que dieron origen a la creación de la IFA.

Así mismo, se ocupa de generar lineamientos básicos sobre los requisitos, revelación y divulgación de información que debe aportar el franquiciante al momento de celebrar el contrato de franquicia. No obstante se queda corta respecto a las implicaciones laborales que puedan surgir de las partes, sobre todo cuando hay marcada tendencia a la subordinación del franquiciado por tratarse de un contrato por adhesión.

Estudios como los de (Mulett, 2010) concluyen que es necesario hacer que la guía de las buenas prácticas de la franquicia tengan fuerza de Ley “ofreciendo así la confiabilidad que requiere el franquiciado para obtener una franquicia seria y exitosa”.

Ciertamente, la tendencia en Colombia, México y EE.UU es hacia la regulación de la información que el franquiciante debe divulgar a manera de prospecto para generar confianza, pero en estos dos últimos países se han hecho avances que regulan la relación entre franquiciante y franquiciado, reconociendo las implicaciones laborales que resultan del contrato de franquicia y desvirtuando la independencia que aparentemente imperaba en las partes sobre todo el contrato.

2.4. Cuadro comparativo del marco regulatorio de la franquicia comercial en Colombia, México y Estados Unidos

Tabla 2. Comparación del marco regulatorio de la franquicia en Colombia, México y EE.UU

Características	Colombia	México	EE.UU
Tipo de contrato	Atípico	Típico	Típico, en New York puede ser oral (Mulett, 2010)
Año en que se reguló la figura	En 2010 aparece la norma técnica Icontec NTC5813 que no constituye Ley y se ocupa del formalismo del contrato. No regula la relación entre franquiciante y franquiciado.	Expedida en 1991, con reformas en 2006 a la Ley de fomento a la propiedad industrial.	En 1960 se creó la IFA y en 1979 se reguló la relación entre franquiciante y franquiciado.
Ley que regula la figura	Ninguna directamente. Se rige por la costumbre, la teoría de las obligaciones y “las normas generales de carácter imperativo del Código civil y Código de comercio” (Mulett, Ruth Gonzalez, 2010). Igualmente por las normas que apliquen a temas contractuales como “propiedad industrial, propiedad intelectual, sanidad, competencia, compraventa, sociedades, inversión extranjera” (Quiroga, 2014). Icontec NTC5813 (no es Ley y tiene alcance limitado porque solo se ocupa del contrato. Se impulsa su uso desde Colfranquicias y el Ministerio de comercio).	Ley de fomento a la propiedad industrial. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Código civil federal y local. Ley general de Sociedades mercantiles. Ley federal del trabajo. Ley de Competencia económica y leyes especiales. Circular de oferta de franquicia (COF) similar a la NTC5813 de Colombia	Full Disclosure Rule, primera norma que obliga al franquiciante a difundir un prospecto del negocio antes de celebrar cualquier contrato. UFOC (Circular de oferta uniforme de franquicia) es otro prospecto más estricto para evitar el fraude contra el futuro franquiciado. Petroleum marketing act (Ley del petróleo) busca evitar la terminación arbitraria del contrato de franquicia (Mulett, 2010). En 2015 una decisión del National labour relations board (NLRB) hace que el franquiciante que controla al franquiciado sea responsable por los trabajadores del último.
Injerencia del franquiciante sobre el franquiciado	En Colombia se implementa la franquicia de distribución, producción, servicios y mixta. El modelo “package” puede aplicar en cualquiera (el franquiciante controla todo). En los cuatro hay transferencia de Know-how, y según (Herrera & Moreno, 2009) la auditoría es costumbre mercantil en la franquicia y se permite en Colombia.	Se permite la intervención del franquiciante sobre el franquiciado. Art. 142 Bis 1, Ley de fomento a la propiedad industrial.	Depende de cada Estado. Por ejemplo, en Minnesota el franquiciante controla al franquiciado. La NLRB ha sentado un precedente en un caso contra McDonald’s reconociendo la intervención y el control del franquiciante sobre el franquiciado.
Tendencia de la Ley	Luego de estudiar la norma técnica NTC5813 del Icontec este grupo de investigación considera que es un formalismo similar al COF usado en México o el UFOC de EE.UU como prospecto para darle seguridad al posible inversionista. Además, está eminentemente centrado en la etapa contractual y protege al franquiciante.	Tiende a proteger la propiedad intelectual y los intereses del franquiciante (Mulett, 2010).	Protege al franquiciado (Mulett, 2010), por considerar que corre el riesgo en el negocio y se ocupa de la etapa precontractual.

Tabla 2. Comparación del marco regulatorio de la franquicia en Colombia, México y EE.UU (continuación)

Características	Colombia	México	EE.UU
Reconocimiento de la responsabilidad solidaria del franquiciante con el trabajador del franquiciado	No se encuentra a la fecha ningún tema relacionado en la jurisprudencia de la Corte constitucional, Consejo de Estado, Corte suprema de justicia o en las Leyes. La discusión se centra en que franquiciante y franquiciado realicen un buen negocio, pero no en el trabajador.	Si La Ley federal del trabajo art. 13 y la jurisprudencia de la Corte de justicia de la Nación indican que ante la intermediación se configura una relación laboral, e intermediario y beneficiario son llamados a ser responsables solidariamente por el trabajador.	Si. La NLRB reconoce la figura de la responsabilidad solidaria a través de la doctrina del joint employer (cuando dos negocios comparten el control sobre un trabajador) y las implicaciones de la figura en el status del trabajador.

3. Franquicia comercial y relaciones laborales

3.1 Categorización de la relación existente entre franquiciante y franquiciado en Colombia

Desde el punto de los deberes precontractuales, en el estudio de Herrera & Moreno (2009) se tiene que hay opiniones divididas respecto a la relación que tienen las partes ya que por un lado “los tribunales asimilan al franquiciado a un consumidor y, en consecuencia, éste podía invocar las prerrogativas o derechos propios de un usuario en relación con el contrato de franquicia” debido a que el franquiciado asume el riesgo económico en el contrato y se adhiere a las disposiciones del franquiciante.

El mismo estudio de Herrera & Moreno (2009) agrega que otros tribunales en cambio “consideran que el franquiciado es un profesional a quien atañen sus ganancias y no debe mirarse como una parte débil frente al franquiciador”. Ahora bien desde el punto de vista del Estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011), entre franquiciante y franquiciado no hay una relación de consumo porque según el artículo 5 numeral 3:

Consumidor o usuario es toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

De esta definición se infiere que en Colombia el franquiciado no es un consumidor o usuario del franquiciante, porque el primero depende de todas las condiciones que el segundo impone para que pueda operar y tal relación contractual está ligada intrínsecamente a la actividad económica del franquiciado, por tanto no se configura una relación de consumo. Empero desde el punto de vista laboral, el franquiciado se vuelve patrón de los trabajadores que contrata y por tanto no será tampoco la parte débil.

Sabiendo que la relación entre franquiciante y franquiciado no es una relación de consumo, hasta este punto se acepta desde la formalidad que entre ambos existe una relación eminentemente mercantil, pero al mismo tiempo ambos son recíprocos desde una óptica

laboral por ser empresarios que realizan sus actividades comerciales de manera profesional.

3.1.1 Grado de control de franquiciante a franquiciado

En este punto surge la siguiente pregunta ¿Evitar las responsabilidades fiscales, tributarias, laborales y civiles entre franquiciante y franquiciado es la base fundamental de la franquicia? Aceptar que la figura de la responsabilidad tiene incidencia en el contrato de franquicia y por tanto surgen obligaciones no deseadas en la relación contractual, puede hacer que la franquicia se desfigure e implique una forma de sociedad comercial o cualquier otra cosa que no sea franquicia.

Hay dos premisas fundamentales en el contrato de franquicia, la primera es la referente a que el franquiciante crece sin necesidad de correr el riesgo de invertir su propio capital y la segunda es la independencia entre ambas empresas. Históricamente al puente que establecen ambas empresas para llevar a cabo el negocio se le ha llamado colaboración (en Colombia asesorías, auditoría y soporte), pero en la jurisprudencia mexicana y en Estados Unidos se ha empezado a develar que tal colaboración o auditorías no son más que una forma disfrazada de control de franquiciante a franquiciado, tal como se evidenció con el pronunciamiento de la NLRB en 2015 (Tabla número dos).

Según la Cámara de Comercio de Bogotá, la situación de control de franquiciante a franquiciado es aceptada por la costumbre en Colombia “En Bogotá, D. C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia que el franquiciador realice auditoría permanente sobre el negocio del franquiciado para que éste implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada”. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2016)

Según lo anterior surge otro cuestionamiento, si el franquiciante encuentra en una

auditoría sobre el negocio del franquiciado que no se desarrolla adecuadamente la franquicia contratada ¿De qué manera si no a través del constreñimiento podrá corregir la contingencia que encuentre? Claramente el control existe, pero demostrarlo es el reto que tienen los abogados en un litigio.

Se había afirmado que visto desde el Derecho Laboral, franquiciante y franquiciado son recíprocos por ser empresarios que realizan sus actividades comerciales de manera profesional, y de demostrarse el control perderían la independencia. Además se encuentra que (Herrera & Moreno, 2009) respaldan la duda que se planteó al inicio de este punto: “la no comunicación de la responsabilidad entre las partes, es el punto fundamental para el éxito de la figura como instrumento de expansión comercial”.

Si el franquiciado debe dar estricto cumplimiento a todos los parámetros exigidos por el franquiciante (planta de personal, local, proveedores, productos, horarios, capacitación del personal, precios, entre otros) la realidad implica una situación de subordinación por parte del franquiciado, y el cambio del contrato de franquicia por un “contrato comercial de dominación” (Castello & Mariezcurrena, 2006).

La misma visión que se da desde el Derecho Laboral sobre la disimilitud que hay entre franquiciante y franquiciado, es compartida por el Derecho del Consumidor desde el cual han prosperado demandas contra franquiciados, vinculando solidariamente a franquiciantes por la venta de un producto o servicio. Nydia Zingman de Domínguez citada por Herrera & Moreno (2009), aclara que “en el supuesto de los bienes, la responsabilidad del franquiciador (franquiciante para efectos de este artículo) con el consumidor final surgiría del hecho de ser fabricante o distribuidor”.

El argumento principal para vincular al franquiciante en una demanda a través de la figura de la responsabilidad solidaria desde el

Derecho del Consumidor reside en el consumidor que “contrata un servicio lo hace por el prestigio de una marca, desconociendo en realidad que este contrato lo realiza con un simple franquiciado y no con la matriz o titular de la marca y del know - how” Herrera & Moreno (2009), llegando a presentarse casos donde se exime al franquiciado y se condena únicamente al franquiciante.

Según la Ley modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (En adelante UNIDROIT), sí existe la figura de control, pero es un “control operativo” que ejerce el franquiciante “este control consiste en la posibilidad de garantizar que el franquiciado se ajusta a la fórmula de la franquicia” debido a que el franquiciante puede exigirle al franquiciado que se conforme como un determinado tipo societario, aunque afirman que “no es un control en términos de participación accionarial” (UNIDROIT, 2007). Si el franquiciante puede exigirle al franquiciado que se conforme en un tipo societario específico, implica que realmente tiene injerencia en la participación accionaria de los socios y en la forma en que estos responden patrimonialmente ante un conflicto.

Dada la flexibilidad del contrato de franquicia, los franquiciantes están implementando cláusulas que permiten repetir contra los futuros franquiciados en caso de ser demandados por malas prácticas llevadas a cabo por estos últimos.

3.2 Derecho laboral en su dimensión individual - colectiva frente a la franquicia comercial

Antes de iniciar este punto, es necesario realizar el siguiente cuestionamiento ¿La franquicia comercial es una forma de externalización de mano de obra y operaciones? A este respecto el estudio de Castello & Mariezcurrena (2006) indica que “el outsourcing, el fran-

chising, la asistencia técnica, la transferencia de tecnología, el suministro de bienes y servicios, la distribución, el almacenaje y logística, el arrendamiento de obra, el transporte, así como también de contratos de colaboración o cooperación empresarial (joint venture, consorcios, grupos de interés económico, uniones temporales de empresas)”, son formas claras de descentralizar la operación de una empresa en busca de maximizar sus ingresos y expandirse en el mercado.

Desde el punto de vista individual se considera que la franquicia comercial representa para el trabajador una precarización de sus derechos laborales y prestacionales, porque si bien un grupo podría argumentar que la franquicia es una forma de incentivar el empleo y mejorar el panorama del mercado laboral, también habría que reconocer el desequilibrio generado en la relación cantidad/calidad de empleos, porque “la descentralización va asociada de la necesidad de obtener el mismo bien o servicio, a menor costo” (Castello & Mariezcurrena, 2006).

En un escenario donde se sacrifica el salario y las prestaciones de los trabajadores con el fin de tener el máximo ingreso y presencia en el mercado, el franquiciante se beneficia indirectamente de la labor proveniente del trabajador del franquiciado sin tener que remunerarlo o aumentar el recurso humano con el que ya cuenta la empresa matriz. Se crea entonces una situación en la que dos o más empresas se benefician de la labor de un mismo trabajador, sin que le sean reconocidos sus derechos salariales y prestacionales.

A todas luces, lo anterior afecta la estabilidad laboral porque como está planteado el modelo de franquicia, son dos empresas las que se benefician de un mismo trabajador y solo una la que tiene un vínculo laboral directo con éste. Esta precarización de condiciones laborales también se manifiesta en el caso de cese de las actividades de un franquiciado de forma

irregular (insolvencia, quiebra) en la cual el trabajador tendría sus derechos prestacionales suspendidos.

Sin embargo, este es el caso que la National labour relations board (NLRB) abordó el 27 de Agosto de 2015 en el caso Case32-RC-109684 en el cual determinaron que en los casos de externalización de mano de obra, se configura una relación laboral indirecta, y por tanto una responsabilidad solidaria frente al trabajador. Además, como se verá más adelante, en Uruguay desde los años 70 se había contemplado la responsabilidad de una empresa matriz con las prestaciones de los trabajadores de otra empresa (jurídicamente independiente pero subordinada en la realidad) declarada insolvente.

Desde lo colectivo, según el informe de Castello & Mariezcurrena “la descentralización productiva también ha sido puesta en práctica como forma de debilitar la organización sindical” (2006), por las razones que se enuncian a continuación:

- “En primer lugar, la organización sindical se ha visto debilitada ante el fraccionamiento de las actividades de la empresa”. El estudio expone que al existir un rompimiento jurídico y laboral con la empresa principal, se hace imposible la asociación sindical, el ejercicio de la huelga y la negociación colectiva (Castello & Mariezcurrena, 2006); es decir, ya no hay una cifra considerable de trabajadores dependientes.
- “El -adelgazamiento- de la empresa principal y la creación en su periferia de múltiples unidades productivas pequeñas y medianas”. Esto hace que los trabajadores no puedan materializar su derecho a constituir un sindicato, sin olvidar que en Colombia existe un número mínimo de 25 para conformarlo. No se desconoce que es posible sindicalizarse desde profesiones, sin embargo como se describe a continuación el sindicalismo es hoy visto desde una óptica errada.

- Se ha reducido considerablemente “el ámbito de sujetos sindicalizables” debido a la inestabilidad laboral, las condiciones laborales precarias, las empresas de trabajo temporal, la rotación de personal y la tercerización. El estudio pone de manifiesto lo siguiente “el trabajador precario parece tener menos interés en participar en actividades sindicales” (Castello & Mariezcurrena, 2006). Hay una realidad que no se puede desconocer, y es que el sindicalismo no es bien visto en Colombia, debido a que culturalmente se ha vinculado a actividades subversivas o con un discurso guerrillista.
- “La descentralización productiva ha impactado negativamente sobre la negociación colectiva” porque históricamente también se ha tenido que la organización sindical se establece para la gran industria (manufactura, bancos, construcción) y no para cualquier tipo de relación laboral o sector económico, con lo cual se evidencia una barrera cultural que por desconocimiento ha menoscabado la actividad colectiva.
- “El fraccionamiento de la actividad productiva en unidades menores traería como consecuencia una disminución de la conflictividad”, debido a que los conflictos en la pequeña y mediana empresa se solucionan mediante presión al trabajador ya sea a través del mobbing o de una precarización de sus condiciones laborales para que desista de cualquier pretensión que conlleve a un mejoramiento de su actividad por ser prescindible. Los trabajadores no cuentan con mecanismos de presión contra el franquiciante o franquiciado.

Si bien hay casos en que una franquicia cuenta con sindicato, como sucede con la cadena McDonald’s en la que los trabajadores de la franquicia se unieron para exigir en la marcha “Fight for \$15” un aumento salarial de

USD15/hora en el 2015. No pasa lo mismo con los trabajadores de los franquiciados de McDonald's, que no se ven beneficiados por las políticas laborales que adopta ésta empresa con sus trabajadores directos; a este respecto en el periódico *The Guardian* entrevistó a un trabajador de un franquiciado de McDonald's en Carolina del Norte, el cual afirma:

I felt like it was unfair – I didn't understand why we weren't treated the same (...) At every McDonald's, workers do the same work and wear the same uniform. So I didn't understand why I wasn't getting a raise like everybody else" (*The guardian*, 2015)

Siento que es injusto – No entiendo por qué no nos tratan igual (...) En todos los McDonald's, los trabajadores hacen el mismo trabajo y visten el mismo uniforme. Así que no entiendo la razón por la que no me dan un aumento como a los demás (Brandy Lucas, trabajador de un franquiciado de McDonald's).

3.3 La importancia de las pruebas para demostrar las implicaciones de la responsabilidad solidaria

Sería arbitrario afirmar que en todo contrato de franquicia comercial existe un alto grado de control, ya que hay modelos de franquicias donde no aplica una reproducción exacta de las condiciones y exigencias del franquiciante. Es decir, cada caso particular puede evidenciar o no un grado de control, y por tanto la independencia entre ambas empresas haría que en los casos donde no hay tal injerencia, no se pudiera exigir la responsabilidad solidaria en materia laboral.

Dicho lo anterior no es posible desconocer el axioma "da mihi factum ego tibi jus", porque sin llegar a tener pruebas del alto grado de control al que se está haciendo referencia, esta investigación no llegaría a ser más que un conjunto de observaciones que no son comprobables. Sin embargo, gracias al modelo bá-

sico que ofrece la norma NTC5813 del Icontec y a los precedentes que se han encontrado en México y EE.UU, sí es posible afirmar y verificar que la injerencia existe y se permite en los tres países, solo que a través del uso del lenguaje no se da el calificativo directo, sino que se denomina auditoría o colaboración.

Ya se había realizado el cuestionamiento sobre la situación de los derechos de los trabajadores de un franquiciado cuando éste se declara insolvente, y se había afirmado que prima facie la relación entre franquiciante y franquiciado es eminentemente mercantil, sin embargo en los casos donde existen grandes redes de franquiciados, la jurisprudencia uruguaya en busca de tutelar los derechos de dichos trabajadores ha identificado que se constituye una red de empresas (también llamado grupo económico o conjunto económico), y como lo afirman Castello & Mariezcurrena "desde la perspectiva de los principios de la disciplina, existía un divorcio entre la realidad y las formas, y que la multiplicidad de sujetos de derecho (empresas) unidos por lazos económicos, jurídicos o financieros de control y dirección unitaria, no podían ser tratadas como personas jurídicas independientes y con patrimonio autónomo" (2006).

Según los profesores Américo Plá Rodríguez y Oscar Ermida Uriarte "el grupo de empresas puede definirse como -conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única" citados por (Castello & Mariezcurrena, 2006). Así mismo Ermida Uriarte define al grupo de empresas de la siguiente manera:

El conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están, sin embargo, recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés. El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no a nivel de cada empresa componente, aun cuando los derechos y obligaciones respecto de los terce-

ros nazcan a nivel de cada una de ellas. Existe unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Por ello, el grupo se convierte, en definitiva, en la única y verdadera empresa subyacente citado por (Castello & Mariezcurrena, 2006).

Finalmente, el estudio concluye que la jurisprudencia de Uruguay ha considerado que la figura de una empresa dominante que coordina a otras sociedades independientes, pero bajo un mismo interés económico, constituye un grupo de empresas (Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno sentencia n° 39 de 12 de febrero de 2003) y añade “en Uruguay el grupo de empresas resulta personificado a los efectos laborales, considerándose como sujeto empleador” (Castello & Mariezcurrena, 2006).

Se podría realizar el siguiente ejercicio: desde el punto de vista del abogado litigante que pretende vincular a través de la figura de la responsabilidad solidaria al franquiciante, lo primero que debería establecer es la conexión de las empresas de manera que desvirtuara la independencia que tanto se defiende en el modelo de franquicia; es decir, si se evidencia que el franquiciante exige no solo un modelo operativo o control operativo (horarios, personal, planta, manejo de marca, compra de insumos, entre otros) sino según UNIDROIT (2007), un tipo societario específico al futuro franquiciado, los activos que éste debe tener y los derechos de los accionistas, se evidenciaría claramente un alto grado de injerencia.

El franquiciante puede también exigirle al futuro franquiciado que en los estatutos establezca la imposibilidad de ceder acciones a terceros, con el fin de proteger el contrato y el protocolo de know-how y la información de reserva. También puede llegar a presentarse que el franquiciante le indique al franquiciado que las primeras utilidades sean guardadas como reserva, con lo cual hace que las partes

en el contrato se vean como una sola unidad de negocio.

Con la entrega de manuales de funciones por puestos de trabajo, actividades, perfiles laborales, protocolos de atención al cliente, reglamento interno, planta mínima de base, se establece un grado de instrumentalización, y por tanto hay cabida a responsabilidad laboral.

Otros juristas opinan que el control se justifica y es necesario para proteger la propiedad intelectual del franquiciante, pero de esta protección deriva una implicación de responsabilidad laboral no deseada por parte del franquiciante hacia el trabajador de un franquiciado. No se puede olvidar que la autonomía de la voluntad privada está sujeta o delimitada por las normas de orden público y no puede contravenir los principios constitucionales del trabajo y la dignidad. Resultaría inconstitucional que en aras de defender la propiedad intelectual y los intereses mercantiles, se pondere el derecho del trabajador, dándole mayor peso al aspecto comercial y no al bienestar laboral.

El Derecho es una construcción del lenguaje, y de muchas maneras se utilizan las palabras para disfrazar una figura con otra; es así como se prohibieron las cooperativas como forma de tercerización para contratar con hospitales por exigencia de EStados para firmar el TLC, pero a través del lenguaje la cooperativa cambió por el sindicato, a través del cual se sigue tercerizando de manera infame.

A través del lenguaje a muchos trabajadores bajo la figura del contrato de prestación de servicios no se les exige el cumplimiento de un horario, sino que se coordinan horarios de entrada y salida. En términos generales, el uso de la lengua ha sido benéfico para facilitar muchas formas de explotación, y sin ir más lejos, no se habla de asesinatos de militares, sino de falsos positivos.

Anteriormente se planteó que la auditoría era una forma de control porque las correccio-

nes que el franquiciante le hace al franquiciado son a través del constreñimiento, bajo el riesgo de terminar el contrato de franquicia, lo cual implica que el franquiciado estaría en riesgo de perder el negocio y no poder seguir explotando la actividad debido a las cláusulas de no competencia y de protección de la propiedad intelectual. Se tiene así que el franquiciado tiene hacia el franquiciante no solo unas obligaciones económicas y de manejo del formato de negocio, sino un temor reverencial que deriva de la fuerza de las obligaciones.

Los investigadores se hacen la siguiente pregunta ¿Es la tarea de un abogado que elabora un contrato de franquicias, no generar ningún tipo de evidencia que posteriormente se convierta en una ruta a través de la cual pueda aplicarse la responsabilidad solidaria? Atendiendo al deber que tiene cada abogado con sus casos, la respuesta sería afirmativa ya que éste debe velar por la protección de los intereses del franquiciante.

A nivel de la franquicia, la investigación ha logrado identificar que las pruebas que determinan la existencia del control son el punto más débil para vincular solidariamente en una demanda laboral al franquiciante, atendiendo a la afirmación que anteriormente hicieron (Herrera & Moreno, 2009) “debido a que usualmente se suscriben cláusulas penales que obligan a mantener silencio en torno al contrato de franquicia, el sistema no cuenta con tanta jurisprudencia como se quisiera”. Además, no se puede olvidar que en el contrato de franquicia es costumbre dirimir los conflictos en un tribunal de arbitramento, y aunque es información no confidencial según el Reglamento de procedimiento de arbitraje nacional, el laudo se puede consultar bajo unos lineamientos establecidos por el Centro de arbitraje.

También resulta particular que una de las recomendaciones que se hace desde Colfranquicias respecto al tribunal de arbitramento a elegir para dirimir los conflictos sea el tribu-

nal de arbitraje de la asociación Argentina de franchising (Colfranquicias, 2013), aduciendo que el costo en ese tribunal es inferior al de un proceso ordinario judicial. Este grupo de investigación no está de acuerdo con la afirmación anterior, porque los tribunales de arbitramento tienen una alta tasa de efectividad en el tiempo, pero a un alto costo económico.

Se ha vuelto una práctica entre los empleadores incluir una cláusula en el contrato de trabajo en la cual indican que las diferencias que surjan entre patrón y trabajador se dirimirán en un tribunal de arbitramento, lo cual resulta inmoral para aquellos trabajadores que reciben salarios bajos, porque sería imposible para éstos poder costear un tribunal de arbitramento. De esta manera los patronos aseguran que los conflictos laborales no se resuelven y salen victoriosos aprovechando la ignorancia del trabajador que desconoce que ese tipo de cláusulas se entenderán como ineficaces ante la Ley.

Como se mencionó cada caso puntual se debe examinar de forma diferente, ya que no sería lo mismo una franquicia de restaurantes a una franquicia de estaciones de gasolina. Pero si se da una situación en la que todo el suministro de un producto está a cargo del franquiciante, el horario de funcionamiento del local, los uniformes de los trabajadores, el establecimiento de una única línea nacional de quejas y reclamos, la igualdad de precios en todos los franquiciados o el que todos deban acogerse a una promoción de productos específica, son todos indicios de un criterio de uniformidad que busca el franquiciante y que deriva en control o la llamada Administración de hecho.

Dentro de la sección de preguntas frecuentes del sitio web de Colfranquicias, resalta la siguiente pregunta “¿Cuáles son los problemas de ser propietario de una franquicia? A cambio de la seguridad, formación y apoyo de marketing que le ofrece una marca registrada, usted debe ser capaz y estar dispuesto a ceder algo de su independencia... Como propietario de una

franquicia, usted debe cumplir con los diversos controles y procedimientos establecidos por el franquiciante” (Colfranquicias, 2013).

La anterior afirmación proveniente de Colfranquicias hace que algunos franquiciantes recurran a la estrategia de ubicar en los locales comerciales de sus franquiciados, stoppers o carteles alusivos a que son totalmente independientes del franquiciante o del tipo “este local funciona de manera independiente” con lo cual tratan de romper con la responsabilidad existente con el franquiciante en el caso de una reclamación de un tercero; es decir, públicamente se divulga la independencia. Pero nuevamente se cuestiona, son independientes aunque operan exacta y estrictamente como el franquiciante lo disponga.

Dentro de la investigación realizada se tiene que muchos juristas en Colombia se sostienen en el argumento de la independencia en todo nivel entre franquiciante y franquiciado; sin embargo, surgen las preguntas: ¿Cómo se puede ser igual e independiente al mismo tiempo? ¿Dos personas jurídicas independientes y al mismo tiempo una misma identidad de marca que debe ser transparente para el cliente? Parecería que en Colombia se desconoce el avance jurisprudencial de Uruguay desde los años 70, en el que como ya se mencionó al principio de este tema, se categorizó la relación existente en el contrato de franquicia como un grupo de empresas (Castello & Mariezcurrena, 2006).

Aunque hay quienes sostienen que la relación del franquiciante y el franquiciado solo la determina la transferencia del know-how, hay otros como en el caso de Jaime Arrubla Paucar que manifiestan que “La función del contrato no se agota con la transferencia de los conocimientos técnicos y de organización o administración comercial, sino que se pretende también que el franquiciado actúe de manera tal que el público consumidor, pareciera que está utilizando un establecimiento de propie-

dad del franquiciante.” citado por (Vergara & otero, 2013)

Otro indicio del control se da cuando es el franquiciante el que concentra todas las hojas de vida de los trabajadores de los franquiciados, tiene una base de datos donde almacena toda la información de currículos como candidatos a ocupar futuros cargos o participa en los procesos disciplinarios llevados contra los trabajadores. Si dentro de la puesta en funcionamiento del local comercial el franquiciante exige un personal mínimo, su perfil y además recomienda su selección de una base de datos predefinida, constituye aún más el grado de control que se ha venido exponiendo.

De la Guía de la buenas prácticas de la franquicia en Colombia (Icontec internacional, 2010) se desprende que todo franquiciante tiene una lista de chequeo de cumplimiento de los objetivos por parte del franquiciado, además es costumbre dentro de las auditorías enviar personal oculto para que realice compras en la red de franquiciados y verificar como fue la atención y la experiencia de comprar en determinado local. Lo que resulta interesante aquí es que el franquiciado está obligado a permitir dicho control por parte del franquiciante bajo el principio de la confianza (Mariscal, 1998) que debe regir el contrato de franquicia.

La firma Giménez & Asociados abogados, hacen la siguiente afirmación “cuando el franquiciante capacita al trabajador para prestar servicios en la franquicia si no se tiene el cuidado legal necesario el franquiciante será solidariamente responsable con el franquiciatario (franquiciado). Por ello aunque el contrato de franquicia establezca que el franquiciatario será el responsable de las cargas sociales de sus trabajadores, imperará lo establecido por la Ley federal del trabajo” y añaden ofreciendo sus servicios como abogados “esta situación se puede neutralizar con una adecuada asistencia legal” (Giménez & Asociados abogados, 2007).

5.4 La responsabilidad solidaria desde la doctrina del “joint-employer” en EE.UU, la “intermediación laboral” en México, el “grupo de empresas” en Uruguay, el “conjunto económico” en la Argentina y la figura del “administrador de hecho” o “shadow director” en Colombia.

Antes de avanzar en el tema, es necesario aclarar que cada caso es diferente y por tanto no en todos surgiría la figura de la responsabilidad solidaria, sin embargo dado que hay precedentes en otros ordenamientos jurídicos donde no solo a nivel de consumidor sino de trabajador se vincula solidariamente al franquiciante, se abre una ruta para poder contemplar las posibilidades que dicha figura ofrece como medio para reconocer los derechos de un trabajador en materia laboral.

Desde el punto de vista de las obligaciones, la responsabilidad solidaria implica que cualquiera responde por el 100% de una obligación y tiene la posibilidad de repetir contra aquel que inicialmente debía pagar o responder. Ahora bien, cuando se habla de la franquicia comercial, necesariamente se hace referencia a una identidad de marca, y se sabe que la marca no es una persona jurídica, por tanto no se podría demandar sino a la sociedad dueña de ésta, sin embargo la unidad de marca es la que habilita al consumidor para vincular bajo la responsabilidad solidaria al franquiciante en un litigio.

También se había indicado que en lo laboral, el temor reverencial del franquiciado al franquiciante es una manifestación del control y de la fuerza que ejerce el franquiciante sobre su red de franquicia, al punto que puede viciar el consentimiento del franquiciado y hacer que se configure todo un sistema de subordinación y control, en el cual el franquiciante se beneficia indirectamente del trabajador del franquiciado a través de una relación laboral “indirecta”, pero sin la carga salarial ni pres-

tacional que le implicaría dicha relación en la realidad.

Hay un indicio que para el grupo de investigación es relevante exponer. Cuando existe una sola línea de atención o un correo electrónico donde se concentran las quejas y reclamos ¿Qué pasaría si un cliente expone una mala práctica por parte de un trabajador perteneciente a un franquiciado? Tal vez, el franquiciante no tome la decisión de despedir directamente al trabajador del franquiciado, pero puede sugerir que se realice el despido, porque debido a la mala gestión se está arriesgando la imagen de la marca y por consiguiente la continuidad del franquiciado en el negocio.

Ahora bien, no se incluyó a Uruguay o Argentina dentro del cuadro comparativo de derecho del punto 4.1.3 porque como se expuso anteriormente, el grupo de investigación consideró que EE.UU y México han desarrollado el concepto de “joint-employer” e intermediación laboral con mayor profundidad, adaptando estos conceptos a la actualidad y aplicándolos directamente en el modelo de franquicia. Además las disposiciones que emanan de estos dos países inciden en el tratamiento que se le da a las franquicias en otros ordenamientos.

Durante el desarrollo de este proyecto de investigación, se ha tratado la figura de la responsabilidad solidaria, pero el grupo de investigación se pregunta: ¿En materia laboral cómo se aborda la figura de la responsabilidad solidaria en los países que han hecho pronunciamientos respecto al tema? Al mismo tiempo que surgen dos cuestionamientos ¿Cómo vincular el Artículo 36 del CST a la franquicia comercial en Colombia? ¿La responsabilidad solidaria a la que se refiere dicho Artículo es lo suficientemente amplia como para equipararla con el significado que se da en otros ordenamientos jurídicos? Para responder estos interrogantes se ha elaborado la siguiente tabla en la que se establece el significado que se le da a esta figura en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia.

Tabla 3. Acepciones de la responsabilidad solidaria en materia laboral en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia

EE.UU	México	Uruguay	Argentina	Colombia
<p>La doctrina del “joint-employer” indica que cuando dos empresas independientes (pero que comparten una relación contractual) se ven favorecidas por el trabajo de un mismo empleado. No importa si se demuestra o no control de las dos empresas hacia el trabajador. La sola figura del joint-employer hace que deban responder solidariamente. Esta doctrina no se había extrapolado a la franquicia comercial. Sin embargo, en el año 2015 la NLRB mediante el caso “Case32-RC-109684 BFI NEWBY ISLAND RECYCLERY” la agencia trasladó dicha doctrina al mercado de la tercerización, incluyendo a la franquicia comercial, las agencias de empleo temporal y los contratistas. La figura de la responsabilidad solidaria nace porque existe una relación laboral indirecta, debida a una situación de: “Control directo Control potencial Control indirecto” (National Labor Relations Board, 2015) La decisión de la NLRB considera que cualquiera de las tres situaciones anterior</p>	<p>En México se ha abordado la figura de la responsabilidad solidaria en la franquicia comercial desde la “intermediación laboral” vinculándola con el Artículo 13 de la Ley federal del trabajo, que establece: “No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores”. La “intermediación laboral” se configura a partir de la comprobación del beneficio que las empresas obtienen del trabajador, es decir, la figura se relaciona con el “joint-employer” de EE.UU.</p>	<p>Bajo el concepto de grupo de empresas desarrollado en los años 70, establecen las siguientes condiciones: “a) la presencia de una pluralidad de sujetos de derecho; b) la idea de que esos sujetos son solo formalmente autónomos entre sí, ya que existiría una unidad económica subyacente; c) la presencia de dirección unitaria o unificada a la cual quedan sometidas las empresas” (Castello & Mariezcurrena, 2006). En el Derecho laboral uruguayo se crea una ficción, en la cual al grupo de empresas, se le dota de “personería laboral” (Castello & Mariezcurrena, 2006), permitiendo según los autores “superar de modo adecuado la separación estricta de la personalidad jurídica de cada empresa integrante del grupo y la responsabilidad autonomía de cada una de ellas, ajustándola a la realidad que subyace a las mismas”. Lo anterior se vuelve en un factor que abre una ruta a través de la cual se aplica la responsabilidad solidaria en materia laboral, porque el grupo de empresas se ve como un solo patrón.</p>	<p>Desarrollan el concepto de grupo de empresas de Uruguay, pero lo denominan conjunto económico. Se basan en el Artículo 31 de la Ley de contrato de trabajo para decir: “(empresas subordinadas o relacionadas – Solidaridad). Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria”.</p>	<p>Mientras que en Uruguay y Argentina se ha vinculado el modelo de franquicia comercial al concepto de externalización de mano de obra y operaciones (Castello & Mariezcurrena, 2006), haciendo que per se la figura se vincule al grupo de empresas y conjunto económico consecuentemente, y de ahí la responsabilidad solidaria en materia laboral; el grupo de investigación encuentra que en la Ley 222 de 1995 en el Artículo 28 se establece el grupo empresarial cuando se afirma que: “habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas”. El Artículo 36 del CST se refiere a la responsabilidad solidaria</p>

Tabla 3. Acepciones de la responsabilidad solidaria en materia laboral en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia (continuación)

EE.UU	México	Uruguay	Argentina	Colombia
res incide sobre los aspectos laborales de los trabajadores				como: “son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros, y éstos entre sí en relación con el objeto social y solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión”.
Observaciones	Observaciones	Observaciones	Observaciones	Observaciones
La NLRB (National Labor Relations Board) se fundó en 1935 por Franklin D. Roosevelt. Es una Agencia federal que regula e implementa el National Labor Relations Act. La agencia tiene el poder para defender los derechos laborales, al mismo tiempo que previene y soluciona casos en los que se presentan prácticas laborales fraudulentas. En esta decisión de la NLRB se actualiza la figura del “joint-employer” o co-empresario, porque anteriormente era necesario demostrar probatoriamente un grado de control total (horarios, condiciones de trabajo, operaciones). Pero con la nueva aplicación que se le	La figura de la intermediación laboral, se aplica a la franquicia comercial cuando se identifica que las tareas que desarrollan los trabajadores corresponden a mandatos permanentes que el franquiciante le hace al franquiciado, lo que convertirá al franquiciante en un empleador; el cual es jurídicamente debe responder por las obligaciones que nacen de la relación laboral indirecta que tiene con los trabajadores de sus franquiciados.	Desde el concepto de la “unidad” que plantea la figura del “grupo de empresas”, se tiene que la subordinación (económica, operativa, técnica, jurídica, disciplinaria) que el franquiciado tiene hacia el franquiciante y su posición dominante, se convierte en un factor legitimador de la responsabilidad solidaria. Incluso cuando se hace referencia a la franquicia de distribución, en la que un franquiciante provee un producto a un franquiciado, se identifica el control y la subordinación; porque el franquiciante no se desliga de la destinación que va a tener su producto, si no que verifica	Se considera que logran conectar el concepto de conjunto económico con la externalización de mano de obra y operaciones, la responsabilidad solidaria en materia laboral y el fraude laboral. Aquí, las responsabilidades con los trabajadores provenientes de las obligaciones, están por encima de la independencia jurídica de las empresas. El Artículo 30 de la LCT trata la figura de la responsabilidad solidaria y señala que aparece en los casos de subcontratación y delegación. Según (Witemburg, 2008) para que “nazca la solidaridad es	Se encuentra que los conceptos de grupo empresarial y responsabilidad solidaria, no están conectados con la franquicia en materia laboral. Observa también que el concepto de grupo empresarial es eminentemente mercantil, no hace referencia a la independencia jurídica de las empresas y no se traslada a la esfera laboral, de tal forma que el Artículo 28 de la Ley 222 de 1995 establece que será la Superintendencia de Sociedades, de Valores o Bancaria, la que determina si existe o no un grupo empresarial. Igualmente, se considera que el Artículo 36 del CST se queda corto, porque no permite descubrir el

Tabla 3. Acepciones de la responsabilidad solidaria en materia laboral en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia (continuación)

Observaciones	Observaciones	Observaciones	Observaciones	Observaciones
<p>dio a la figura, no es necesario demostrar el grado de control, ya que dicho control se presume de ciertos modelos como la franquicia, la agencia de empleo temporal y otras relaciones contractuales.</p> <p>Lo que antes era considerado como un “indicio” ahora es una presunción, es decir, el cumplimiento de horarios y turnos, el entrenamiento, los procesos disciplinarios, entre otros, hacen que el contrato de franquicia per se contemple el control y le sea aplicable la doctrina “joint-employer” o co-empleador.</p>		<p>hasta el final la satisfacción del cliente y el posicionamiento de la marca en el mercado.</p> <p>Se identifica que la legislación uruguaya pretende tutelar las garantías del trabajador, reforzando los conceptos de grupo de empresas y la personería jurídica que se le da a dicha figura, de tal manera que nazca la obligación de la responsabilidad solidaria.</p>	<p>necesario que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista”.</p>	<p>alcance de la figura de la responsabilidad solidaria en materia de franquicia comercial, salvo que un juez solicitara a alguna de las entidades referidas en el Art. 28 Ley 222/95 que declare la existencia de un grupo empresarial en un caso laboral en el cual hay que demostrar primero el control, luego la figura del grupo empresarial y aplicar el confuso alcance que el Artículo 36 del CST le da a la responsabilidad solidaria en la franquicia comercial.</p> <p>Tampoco hay forma de identificar que en materia laboral se presente según la jurisprudencia alemana la figura de la “concurrency de culpas” (Herrera & Moreno, 2009) la cual se aplica en la franquicia, porque dos empresas se benefician de un trabajador.</p>

La anterior tabla responde a la pregunta sobre la forma en que se aborda en materia laboral la figura de la responsabilidad solidaria en los países que han hecho pronunciamientos respecto al tema. Sin embargo, evidencia un panorama negativo respecto a los cuestionamientos sobre ¿Cómo vincular el Artículo 36 del CST a la franquicia comercial en Colombia? y ¿La responsabilidad solidaria a la que se refiere el artículo 36 del CST es lo suficiente-

mente amplia como para equipararla con el significado que se da en otros ordenamientos jurídicos?

Ya se identificó que en Colombia existe la figura del grupo de empresas, sin embargo es un concepto eminentemente mercantil y no permite diferenciar si se refiere a empresas jurídica y económicamente independientes, a diferencia de los conceptos de Uruguay y la Argentina. Además el Artículo 28 de la Ley

222/95 le da a la Superintendencia de Sociedades, de Valores o Bancaria, la potestad para determinar la existencia de un grupo empresarial; pero estas entidades tienen como prerrogativa buscar la estabilidad del mercado, por tanto una decisión para declarar la existencia de un grupo de empresas estaría permeado por intereses mercantiles y no necesariamente de reivindicación laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez que lleve un caso de responsabilidad solidaria de un franquiciante, estaría supeditado al concepto de estas entidades, el cual puede no ser objetivo e ir en detrimento de los derechos del trabajador. Surge al mismo tiempo otro escenario confuso en el cual no queda claro el alcance de la responsabilidad solidaria en materia laboral, puesto que la figura se ha tratado en Colombia desde una óptica de contratistas independientes, cuando ciertamente el franquiciado no es un contratista del franquiciante.

El grupo de investigación encuentra en este punto que no es del todo viable demostrar en Colombia el control del franquiciante a franquiciado a través de la figura del grupo de empresas, porque el concepto difiere al desarrollado en Uruguay y la Argentina, y tampoco encuentran una vinculación clara entre la franquicia comercial y el Artículo 36 del CST que hace referencia a la responsabilidad solidaria, porque el concepto también es diferente frente al adoptado en otros países.

La doctrina del “joint-employer” y la intermediación laboral ya han suscitado suficiente polémica en EE.UU y México y en el caso del primero, ha planteado un cambio en el plano que se desarrollan las relaciones laborales, porque no cuenta todavía ni siquiera con un año de vigencia. No sería errado esperar a que alguna Corte en Colombia que quiera un espacio protagónico en los medios, se extralimite en sus funciones y legisle sobre el tema.

Por tanto, se prosigue la investigación en busca de otras figuras que permitan identifi-

car el control en las relaciones contractuales y es así como aparece el “Administrador de hecho” que se constituye en una figura del Derecho que sí plantea un argumento aplicable en Colombia para vincular solidariamente al franquiciante en asuntos de responsabilidad laboral.

El artículo 24 de la Ley 222 de 1995 modifica el Artículo 200 del Código de comercio, en el cual se trata la responsabilidad de los administradores indica en el primer párrafo: “Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”. Por definición se tiene que el administrador de hecho es aquel que ejerce como administrador de Derecho pero sin serlo; es decir, aquel que gobierna una empresa aunque sea otro el administrador “legal”.

Básicamente, la calidad de administrador según la doctrina francesa “se atribuye a la persona que no estando dotada de un mandato social, se inmiscuye individualmente y con total independencia en la gestión de una sociedad así como con la habitualidad y la regularidad propias de un cargo” (Solano, Osorio, & Garzón, 2010).

A la par del administrador de hecho está el director oculto o shadow director, el cual ejerce control sobre una sociedad sin tener ningún tipo de nombramiento a nivel estatutario; es decir que es totalmente independiente de la sociedad que controla y en ningún momento la sociedad lo presenta como una autoridad. A nivel de responsabilidad, se considera en el Derecho anglosajón que el administrador de hecho responde en la misma proporción y calidad que el administrador de Derecho, mientras que el shadow director o director oculto “responden por las infracciones de los deberes estatutarios” (Solano, Osorio, & Garzón, 2010)

Según el autor Perdices Huetos citado por (Solano, Osorio, & Garzón, 2010) “quien se

comporta y actúa como administrador lo puede hacer abiertamente –presentándose como tal o de forma solapada actuando realmente como tal pero sin presentarse como administrador– ... aparece la figura de lo que llamaremos “administrador de hecho notorio”, que actúa como tal en el tráfico sin título válido para ello; en el segundo caso, cuando la persona que administra desea ocultar ese hecho, lo relevante es la seguridad jurídica; y con ello la realidad material –y así aparece–, lo que llamaremos “administrador de hecho oculto”, que domina, determina o suple mediata –desde la sombra– o inmediatamente –desde su condición de simple apoderado– la actuación del administrador (de derecho)”.

En España se ha categorizado la figura del director oculto y el administrador de hecho como: administrador de hecho oculto (director oculto) y administrador de hecho notorio (administrador de hecho). Lo anterior indica que la administración de hecho tiene dos categorías amplias, en una hay un control abierto por parte de una sociedad que ha recibido un reconocimiento por la acción de la fuerza y el temor reverencial y en otra hay un control clandestino, o desde la “sombra” en la cual no hay ningún tipo de reconocimiento formal o control abierto y solapado.

La figura del administrador de hecho o el director oculto, tiene aplicación en el caso de la franquicia comercial, porque los indicios que hasta ahora se han reunido apuntan a un control realizado desde una figura independiente; ya sea desde la clandestinidad o de forma abierta. Ahora bien, no se puede dejar de lado la doctrina del “joint-employer” o co-empleador, en la cual son dos empresas las que se benefician de un trabajador, y por tanto responden solidariamente.

Para sustentar la anterior afirmación se parte de los siguientes indicios:

- Si el franquiciante le recomienda-exige al futuro franquiciado que se constituya en

un tipo societario específico, tal como se vio en el modelo de UNIDROIT, estaría participando en la constitución, gestión y administración del franquiciado.

- Si el franquiciante en busca de proteger el protocolo de know-how, le recomienda-exige al franquiciado la imposibilidad de ceder acciones a terceros a nivel estatutario, estaría dirigiendo la actividad empresarial del franquiciado.
- Si el franquiciante entrega el manual de operaciones y los protocolos necesarios para operar la franquicia, el franquiciado se obliga a cumplirlos, a permitir los controles y auditorías y renunciar a su independencia (tal como se ha manifestado desde Colfranquicias); por tanto el franquiciante tiene la autonomía de decisión y de impartir reglas, límites y lineamientos al franquiciado en todo lo que afecte la imagen de marca, es decir, a nivel laboral, repartición de ganancias, entre otros.
- Si el franquiciante necesita mantener su modelo de negocio y la buena imagen marcaría en el mercado, deberá ejercer un control (asesorías, auditorías) de manera constante al franquiciado, y de llegar a encontrar contingencias en las auditorías le puede exigir al franquiciado que las corrija. El franquiciado debe aceptar las correcciones que se le hagan por el temor al constreñimiento a partir de la terminación del contrato y las cláusulas penales. Lo anterior indica que el control se ejerce de manera constante en el tiempo que dure el contrato y no de manera eventual.
- Si el franquiciante puede sugerirle al franquiciado que realice despidos, que la selección de personal se realice con base en una determinada base de datos, el pago de un tope salarial para no generar malestar entre los trabajadores de otras franquicias, la adopción de un modelo de reglamento de trabajo uniforme, participar en procesos

disciplinarios contra trabajadores o dirigir los aspectos laborales del franquiciado.

La figura de la responsabilidad solidaria nace según (Witemburg, 2008) cuando “una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista”. Por esta razón, el grupo de investigadores se pregunta: ¿El contrato de franquicia comercial busca que el franquiciado complemente con su actividad el negocio del franquiciante bajo la unidad de marca? En este punto de la investigación la respuesta es afirmativa.

Pese a lo anterior, aparecen dos consideraciones que provienen de la figura del administrador de hecho. Por un lado se considera que no solo habría una incidencia laboral que se desprende de la administración de hecho, sino penal, porque se trata de una figura que defrauda a la Ley de acuerdo al Artículo 250B del Código penal. Por otro lado, se podría llegar a la conclusión desacertada en la cual la figura del administrador de hecho solo tiene aplicación en la SAS, y sería en primera instancia la junta o asamblea la encargada de declarar la existencia de este fenómeno y de no estar de acuerdo se haría a través de un proceso judicial.

3.5 Fraude laboral y tercerización laboral atípica

Según (Witemburg, 2008) el fraude laboral “implica la existencia de un verdadero encubrimiento de una relación de trabajo mediante la asignación de una forma de contratación distinta de las regidas por la Ley de Contrato de Trabajo (locación de obra, locación de servicios, etc.), con el objeto de evitar el régimen diferencial y protectorio por ella establecido”. Aunque la anterior definición hace referencia a la LCT, el fraude laboral se puede entender como un engaño a nivel laboral, en el cual se pretende disfrazar una relación laboral o encubrir una relación laboral; de tal manera que

el patrón se evade de los deberes salariales y prestacionales a que determinado régimen le puede obligar.

El Artículo 198 del CST, contempla el fraude a la Ley y la responsabilidad que tiene el patrón al que se le demuestra que eludió las prestaciones de sus trabajadores, indicando que “el Ministerio de trabajo puede declararla sujeta a las cargas correspondientes a su clasificación real”. El artículo no observa otro tipo de sanción, como la declaración de la nulidad del contrato o una sanción penal para el patrón por estar llevando a cabo una conducta claramente antijurídica.

Por otro lado, la tercerización laboral es un fenómeno en el cual una empresa llamada “empresa principal” delega la ejecución de sus procesos productivos y de mano de obra en una empresa llamada “empresa tercerizadora”, de manera que la empresa tercerizadora realice una actividad con trabajadores propios y subordinados a dicha empresa tercerizadora.

Con anterioridad, se había identificado que en Uruguay se equiparó la externalización de mano de obra y operaciones, con la descentralización y la tercerización que hacen las empresas porque “la descentralización va asociada de la necesidad de obtener el mismo bien o servicio, a menor costo” (Castello & Mariezcurrena, 2006). Así mismo, el informe de estos autores señala que “el outsourcing, el franchising, la asistencia técnica, la transferencia de tecnología, el suministro de bienes y servicios, la distribución, el almacenaje y logística, el arrendamiento de obra, el transporte, así como también de contratos de colaboración o cooperación empresarial (joint venture, consorcios, grupos de interés económico, uniones temporales de empresas)”, son formas claras de descentralizar y tercerizar la operación de una empresa.

Algunos juristas podrían argumentar que la franquicia comercial no aplica como una forma de tercerización laboral, porque la ca-

racterística de la tercerización estriba en que la empresa tercerizadora es la que mantiene una relación laboral directa con los trabajadores que contrata, y éstos solo están subordinados a la tercerizadora. Pero no es posible desconocer el principio de la realidad sobre las formas y como se ha demostrado en el desarrollo de este informe de investigación, la realidad implica que sí hay una relación laboral atípica, que bien podría considerarse como una “relación laboral indirecta” (National Labor Relations Board, 2015); la sentencia de la NLRB estipula que sin importar si la figura de autoridad es directa o indirecta, se aplica la doctrina del co-empleador o “joint-employer”.

La decisión de la NLRB, aclara también que la franquicia comercial junto a otros modelos de negocio, constituye una forma de tercerización laboral indirecta; de tal manera que refieren lo siguiente: “the new joint-employer test fundamentally alters the law applicable to user-supplier, lessor-lessee, parent-subsidiary, contractor-subcontractor, franchisor-franchisee, predecessor-successor, creditor-debtor, and contractor-consumer business relationships under the Act” (National Labor Relations Board, 2015). La doctrina se aplicaría también a arrendadores, matrices y filiales, contratistas y subcontratistas, acreedores y deudores, contratista y cliente, y las relaciones que regula el National Labor Relations Act desde 1935.

Desde el punto de vista de la NLRB el contrato de franquicia comercial trae implícitamente el concepto de control y es una forma de tercerización laboral indirecta, de manera que con la nueva jurisprudencia se presume la responsabilidad laboral del franquiciante con los trabajadores de sus franquiciados. Así mismo “la NLRB acusó a McDonald’s de ser un joint employer” (The guardian, 2015), indicando que McDonald’s en su calidad de franquiciante “está en el centro de las relaciones laborales, y las relaciones laborales son conducidas por empleadores, no por espectadores” (Chicago tribune, 2016).

Ciertamente la doctrina del co-empleador/joint employer es catastrófica para la franquicia comercial y podría “socavar más de 60 años de tradición de la franquicia” (Chicago tribune, 2016). Sin embargo, esta doctrina implica un reconocimiento desde el Derecho laboral, en el cual se fortalecen las prerrogativas de los trabajadores pertenecientes al sector franquicia y tercerización.

Ahora bien, ¿la franquicia comercial propicia una forma de relación laboral disfrazada y fraude laboral? La respuesta se construiría en el caso por caso, sin embargo, hasta ahora el modelo de franquicia comercial ha mostrado ser extremadamente flexible en cuanto a las estrategias creativas de contratación, y al mismo tiempo hermético en lo que corresponde a cláusulas penales y de reserva de la propiedad intelectual. Por tal razón y como ya se expuso, existe poca jurisprudencia en muchos ordenamientos, y se continúan precarizando las garantías laborales de los trabajadores.

Uno de los factores que históricamente ha repercutido en los atropellos laborales ha sido -la necesidad-, y es gracias a la necesidad que hoy se reescriben las dimensiones y los alcances de las relaciones laborales, a través de figuras como la contratación por prestación de servicios, las agencias de empleo temporal, el outsourcing o las asociaciones donde el trabajador se considera un socio o un empresario y por tanto no es sujeto de derechos prestacionales. Las relaciones laborales han cambiado drásticamente, de tal manera que hoy podría afirmarse que los trabajadores de grandes fábricas, que contaban con una serie de prerrogativas que redundaban en una alta calidad de vida para ellos y sus familias son historias del pasado.

Hoy las relaciones laborales se dan en torno a un medio inestable y fragmentado, en el cual se es demasiado joven o demasiado viejo para poder trabajar, demasiado capacitado -sobre perfilado para un trabajo- o con un nivel mínimo que no admite ninguna oportunidad

laboral. El sector de la tercerización se convierte en la única alternativa para que personas con todo tipo de perfil laboral tengan acceso a emplearse y suplir sus necesidades, pese a la explotación que implica esta figura. Irónicamente hay trabajadores que nunca han conocido otra forma de relación laboral diferente a la tercerización.

Hasta este punto se ha evidenciado que la mayor preocupación respecto al contrato de franquicia comercial es la relación mercantil y no las relaciones laborales, de las cuales la legislación ha estado al margen de los mínimos reconocimientos legalmente establecidos, y se establece una especie de chantaje en el cual las empresas crean empleos con condiciones penosas y los Estados no intervienen para no afectar la propiedad privada y la estabilidad del mercado.

Para responder si la franquicia comercial es una forma de relación laboral disfrazada, es necesario acudir a la definición que hace la OIT sobre relaciones laborales encubiertas: “Disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley... La acción de disfrazar un contrato de trabajo con un ropaje que excluye al empleador de sus responsabilidades legales... se entiende que existe una relación de trabajo encubierta, cuando un empleador trata a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica” (OIT, 2009)

La OIT agrega que la relación laboral encubierta “puede servir para ocultar la identidad del empleador, cuando la persona designada como tal en realidad es un intermediario que libera al empleador de aparecer como parte en la relación de trabajo y, de esta manera, de la responsabilidad que debería asumir ante su personal.” (OIT, 2003)

Llama la atención particularmente la segunda observación que hace la OIT, porque

la relación laboral encubierta guarda similitud con el administrador de hecho, con lo cual se respalda el argumento emitido por este grupo de investigación.

El documental “Las ganancias son el King -Los rudos métodos de la cadena de hamburgueserías-”, evidencia las presiones a las cuales el franquiciante somete al franquiciado para obtener el máximo rendimiento, so pena de cancelar el contrato de franquicia. El documental muestra que el franquiciado busca aliviar la presión a la que es sometido, precarizando las condiciones laborales de sus trabajadores, a través del mobbing y la tercerización. Si la figura de la intermediación laboral y el “joint-employer” se predica de dos empresas que se benefician de un mismo trabajador, qué decir de tres empresas (en el caso de los franquiciados que tercerizan la mano de obra) que se benefician de un mismo trabajador.

Para finalizar, si en sentido estricto el franquiciante busca expandir su negocio sin correr el riesgo de invertir capital y no incurrir en las cargas y obligaciones que derivan de una expansión, de manera que “estos problemas se resolvían con el capital de otro al mismo tiempo que se expandía y valorizaba la marca” (Coelho, 2006); este grupo de investigación concluye que sí se puede comprobar el fraude laboral y relaciones laborales encubiertas en el caso por caso, porque dichas prácticas se presentan cuando el franquiciante busca librarse de los costos y las cargas laborales, de manera que a través de un contrato mercantil con un franquiciado disfraza una relación laboral indirecta, la cual controla constantemente durante la vigencia del contrato.

Conclusiones

El modelo de franquicia comercial se ha sustentado desde hace más de 60 años en la premisa de la independencia jurídica y económica del franquiciante y franquiciado, haciendo desde la formalidad que sea vista como una

relación mercantil, en la cual no hay transferencia de responsabilidad. Sin embargo, la realidad ha mostrado que la unidad de dirección y el control que caracteriza a dicho modelo, son indicios que prueban la configuración de una relación laboral atípica o indirecta.

A través del uso del lenguaje, se le ha dado al control la apariencia de la sugerencia, la auditoría o la asesoría; pero esta situación no es nueva y desde los años 70 se desarrolló en Uruguay y posteriormente en la Argentina el concepto del “grupo de empresas y conjunto económico”, en los cuales se identifica la unidad de dirección de empresas jurídicamente independientes, pero responsables solidariamente ante los derechos prestacionales de los trabajadores cuya empresa miembro del grupo se declaraba insolvente.

Así mismo, a la par que se desarrollaron los conceptos de grupo de empresas y conjunto económico, se categorizó la franquicia comercial dentro del grupo de empresas que externalizan su mano de obra y operaciones, con el fin de obtener el máximo beneficio con el menor costo, precarizando así los derechos de los trabajadores. Situación que representa un avance en el reconocimiento de la franquicia comercial como una forma de tercerización.

No obstante el concepto de grupo empresarial sí existe en Colombia, pero la investigación encontró que es un concepto mercantil que no se encuentra ligado al menos prima facie con el Derecho laboral, de tal forma que no es un juez quien declara la existencia del grupo empresarial; sino la Superintendencia de Sociedades, de Valores o Bancaria. Estas instituciones tienen como premisa la estabilidad del mercado y no la defensa de las prerrogativas laborales, por lo que se infiere que serán pocos los reconocimientos que se alcancen desde ésta óptica.

Igualmente la figura de la responsabilidad solidaria en Colombia, tal como aparece en el Artículo 36 del CST no deja claro el alcance

que en materia de franquicia comercial y externalización podría tener. Así las cosas los conceptos de grupo empresarial y responsabilidad solidaria desarrollados en otros países, no tienen el eco suficiente en Colombia para vincular al franquiciante en asuntos laborales donde la responsabilidad solidaria tenga aplicación.

Por otro lado, se evidenció que el protocolo de know-how es uno de los más importantes elementos del contrato de franquicia, y se busca que el franquiciado se someta a su cumplimiento y las demás directrices del franquiciante para que la imagen marcaría siempre se perciba de manera positiva en el mercado. Pese a que algunos juristas niegan la existencia del control, la investigación evidenció que el sometimiento y el control son factores que se reconocen abiertamente desde la Cámara colombiana de franquicias (Colfranquicias) y modelos de contrato de franquicia como el de UNIDROIT (Instituto internacional para la unificación de Derecho privado).

Como ya se indicó en el desarrollo del proyecto de investigación, el franquiciante puede sugerirle-exigirle al franquiciado que se constituya en un tipo societario específico, que contrate a los trabajadores bajo determinado modelo de contrato, perfiles específicos de los trabajadores, determinar un rango de salarios para que no existan conflictos con los trabajadores de otros franquiciados, horarios, turnos, un modelo de reglamento interno de trabajo o políticas de despido; con lo cual asegura que el modelo de negocio operará de forma que la identidad de marca se sólida. Situaciones que constituyen una relación de dominación por parte del franquiciante hacia el franquiciado y sus trabajadores.

Otra situación que pone en evidencia la unidad de dirección y el control, son las auditorías permanentes que el franquiciante realiza, en la cual se presenta el temor reverencial del franquiciado, que debe realizar todos los correctivos (recomendaciones) bajo el riesgo del constreñi-

miento, la cancelación unilateral del contrato y la condena al pago de cláusulas penales.

En México y EE.UU, se han realizado pronunciamientos destacables respecto a la responsabilidad solidaria del franquiciante ante los trabajadores del franquiciado. En el primer país la franquicia comercial se encuentra reglamentada y se ha abordado la responsabilidad solidaria desde la figura de la intermediación laboral. Por su parte en EE.UU, la doctrina del co-empleador o joint-employer fue fortalecida y actualizada en Agosto de 2015 para que la franquicia comercial se incluyera como una forma de tercerización en la que por se el control es innegable y el franquiciante tiene un grado de responsabilidad solidaria con los trabajadores de los franquiciados.

Tanto en la intermediación laboral de México como el joint-employer en EE.UU sostienen que cuando dos empresas independientes -pero que comparten una relación contractual- se benefician de un mismo trabajador, son llamadas a responder solidariamente por las obligaciones laborales que surjan.

La doctrina del joint-employer reconoce la existencia de una relación laboral indirecta, y se declara con la comprobación de un control potencial, control indirecto o control directo. En el ordenamiento mexicano y EE.UU se demostró que el control societario, el control disciplinario laboral y el control contable, son vías de asignación de responsabilidad solidaria porque el franquiciante rompe el derecho de gobernabilidad del franquiciado.

Ahora bien, en Colombia hay una figura que tiene aplicación para lograr la vinculación solidaria del franquiciante en asuntos laborales con los trabajadores del franquiciado. El administrador de hecho, el cual ejerce el control y dirección de una sociedad de manera solapada. Cuando el franquiciante exige el cumplimiento de horarios, políticas de precios, promociones, comportamiento de los trabajadores, uso de marca, proveeduría, recomienda despidos,

constituye un indicio de la figura del administrador de hecho, de la cual podría derivar la vinculación solidaria del franquiciante en una demanda laboral.

El grupo de investigación encuentra que pese a la atipicidad del contrato de franquicia comercial, no implica que esté desregulado, sino que tiene mayor nivel de detalle y perfección, de manera que las cláusulas de privacidad y protección de la propiedad intelectual hacen que el contrato esté rodeado por un alto hermetismo que lo mantiene cubierto de dudas y no permite un avance jurisprudencial sobre el tema.

Referencias

Doctrina

Fernández y Acosta, E. O. (2000). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis.

Mariscal, S. J. (1998). Cómo negociar los contratos de franquicia. Madrid: Arunda.

Jurisprudencia internacional

National Labor Relations Board, Case 32-RC-109684 Bfi Newby Island Recyclery (NLRB August 27, 2015).

Tribunal de justicia europeo. (1986). Sentencia de 28. 1. 1986 — asunto 161/84 Pronuptia de Paris GmbH vs Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis. Alemania: publications.europa.eu.

Diccionarios

Coelho, A. M. (2006). History of world trade since 1450, McCusker John Ed. Retrieved from Galegroup: <http://goo.gl/hWtFLI>

RAE. (2016, 03 22). Asociación de academias de la lengua española. Retrieved from <http://dle.rae.es>

Fuente no oficial

Giménez & Asociados abogados. (2007, Septiembre 17). Franquicias en México con-

sideraciones legales. Retrieved from gaa.com.mx: <http://goo.gl/OLRzjK>

Fuentes oficiales

Cámara de Comercio de Bogotá. (2016, Abril 4). ccb.org.co. Retrieved from Listado de costumbres mercantiles: <http://goo.gl/Xjn3eo>

Chicago tribune. (2016, Marzo 10). Why should McDonald's be a joint employer? NLRB starts to provide answers. Retrieved from chicagotribune.com: <http://goo.gl/DCzNpu>

Código Sustantivo del Trabajo. (2015). Código sustantivo del trabajo. Bogotá: Legis editores s.a.

Colfranquicias. (2013). Preguntas frecuentes. Retrieved from colfranquicias.com: <http://goo.gl/p6CuKE>

Icontec internacional. (2010). Norma técnica NTC5813. Bogotá: Instituto colombiano de normas técnicas y certificación.

La República. (2015, Julio 2). Montar un local de subway, bbc o dogger cuesta entre \$15 millones y \$422 millones. Retrieved from [Diario la república](http://diariolarepublica.com): <http://goo.gl/5qAAcS>

La República. (2015, Junio 11). La mitad de las franquicias son de marcas nacionales. Retrieved from <http://goo.gl/OWyJ16>

OIT. (2003). El ámbito de la relación de trabajo. Informe V. Conferencia internacional del trabajo. Ginebra: OIT.

OIT. (2009). Promoción del trabajo docente en las relaciones de trabajo encubiertas. Turín: Centro internacional de formación de OIT.

Quiroga, A. F. (2014, Julio 5). Diario la república. Retrieved from [Regulación del contrato de franquicia en Colombia](http://regulaciondelcontrato.com): <http://goo.gl/m7y9wg>

The guardian. (2015, 4 13). McDonald's franchise workers denied pay raise to

join 200-city protest. Retrieved from theguardian.com: <http://www.theguardian.com/business/2015/apr/13/mcdonalds-franchise-workers-denied-raise-protest>

UNIDROIT. (2007). Ley Modelo UNIDROIT sobre la información - franquicia. Italia: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

Estado del arte

Carrá, B. L. (2008). Apuntes a la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos. Revista del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", 113-135.

Castello, A., & Mariezcurrena, P. (2006). Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva - Informe de Uruguay. Paris: XVIII Congreso mundial de derecho del trabajo y de la seguridad.

Estepa, R. A. (2010). El contrato de franquicia, su evolución y su injerencia en el desarrollo económico colombiano. Colombia: Corporación Universitaria Republicana.

Herrera, M. F., & Moreno, A. M. (2009). El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador. *Vni-versitas* N° 119, 279-304.

Juste, V. B., Palacios, L. L., & Redondo, Y. P. (2006). Valoración de los recursos intangibles: un análisis empírico para el sector de la franquicia. *Tribuna de economía*, 177-188.

Mulett, R. G. (2010). Analisis sobre la necesidad de adoptar una regulacion - Tesis de grado. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.

Osta, K. M. (2006). Evolución histórica de las franquicias y su impacto en la economía mundial. Venezuela: Universidad de carabobo - Revista ingeniería y sociedad.

- Solano, M. M., Osorio, V. M., & Garzón, C. C. (2010). El administrador de hecho (sas) frente al director oculto. *REVISTA e - Mercatoria*. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 10: 227-250.
- Vergara, I. I., & otero, m. V. (2013). La responsabilidad del franquiciante y franquiciado frente al consumidor. Bogotá: Witemburg, A. R. (2008). Responsabilidad solidaria por incumplimientos laborales de terceros Casos en los que la ley prevé su extensión y recaudos a tomar en cuenta. *Petrotecnia*, 54-66.

Índice de tablas

Tabla 1. Costos para implementar una franquicia reconocida en Colombia (fuente Diario la república)
Tabla 2. Comparación del marco regulatorio de la franquicia en Colombia, México y EE.UU
Tabla 3. Acepciones de la responsabilidad solidaria en materia laboral en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia.

¿En qué se fundamenta el consejo de estado para dirimir los conflictos que se presentan entre el estado, los entes de control y los contratistas en relación a las adiciones de obras y obras adicionales en más del 50 % en los contratos estatales?*

*Susana Isabel Muñoz Mejía***

*Edisson Escobar Moreno*****

*Juan Bernardo Bedoya Monsalve******

Asesor: Javier Humberto Vega Meza

Resumen

En este proyecto se busca identificar la posición del Consejo de Estado, frente a las situaciones que se pueden presentar en la contratación estatal, cuando para cumplir con el objeto contractual se requiere una adición de obra y obras adicionales superando el límite permitido por la Ley 80 de 1993 en el artículo 40. En el que prima en algunos casos el interés general, como fundamento para que las administraciones cumplan con el contrato primigenio, a través de éstas dos figuras, no dejando de advertir que aplicando de la forma adecuada el principio de planeación no se tendría que recurrir estas.

Palabras clave: adición de obra; alcance físico; contrato; eficiencia administrativa, obra adicional; objeto contractual; planeación; precios unitarios; precios globales.

* Trabajo presentado en la materia Proyecto Integrador VII del Núcleo Básico de Fundamentación Jurídica. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta -Unisabaneta-.

** Estudiante de séptimo semestre de la facultad de Derecho de Unisabaneta. e-mail: susanagre5@hotmail.com.

**** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de Unisabaneta. E-mail: edissone373@gmail.com.

***** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de Unisabaneta. E-mail:

¿Basis of the state council to resolve arisen conflicts between the state, the control entities and the contractors in relation to work additions and additional works in more than 50% of the state contracts?

Abstract

This project seeks to identify the position of the “Consejo de Estado”, compared to situations that may arise in state contracting, when to comply with the contractual object requires an addition of work and additional works exceeding the limit allowed by Law 80 In its paragraph of article 40.

Where for this premium in some cases the general interest, as a basis for administrations to comply with the original contract, through these two figures, while noting that applying the principle properly planning would not have to be used.

Keywords: Contract, work addition, additional work, planning, contractual object, physical range, administrative efficiency, unit prices, global prices.

Introducción

Para llevar a cabo este proyecto sobre las diversas interpretaciones del Consejo de Estado frente a la adición de obra y obras adicionales en la contratación estatal por encima del límite permitido por la Ley 80 en el parágrafo del artículo 40, se hizo primero un análisis de lo que establece la doctrina y la Procuraduría General de la República, luego se construyó analizando una serie de sentencias del Consejo de Estado y por último se realizó la comparación entre la posición del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

El artículo 40 de Ley 80 de 1993, en su parágrafo establece el límite de las adiciones, buscando que exista control a las administraciones, que estas no desconozcan los procesos licitatorios por los imprevistos o urgencias que se pueden presentar en el cumplimiento del objeto contractual, además de propiciar que se de transparencia administrativa y que se respete el principio de planeación en la contratación estatal.

Es por esto que esta investigación tendrá un período de tiempo comprendido entre los años 2010 a 2016; buscando determinar los diferentes cambios en las posturas del Consejo de Estado frente al citado tema, y determinar las posibilidades que puede tener la Administración Pública cuando se presentan estas situaciones en los contratos de obra buscando alcanzar el fin del interés general.

1. Identificar posiciones doctrinales con respecto a las adiciones de obras y obras adicionales en la contratación estatal

Para Luis Alonso Rico Puerta (2009) la adición de contratos o adición de obras, no es más que un valor que se le podrá adicionar al contrato inicial y es claro en decir que este término se encuentra ya establecido en la Ley 80 de 1993 en su artículo 40, el cual no puede ser más del 50% del valor inicial del contrato, esto

expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, (en adelante SMLMV), para el momento en el que debe efectuarse la adición de obra que para Rico Puerta no es más que una adición contractual.

Para el doctrinante en cuestión, la restricción de poder adicionar en más del 50% del valor inicial del contrato, rige para cualquier tipo de contratación, bien sea por vía de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa, pero sin que ello signifique que operada, el contrato pierda su naturaleza inicial. Es entonces como la adición de obra no se hará en términos del valor del contrato, sino en SMLMV a que inicialmente ascendía éste. Para Rico Puerta (2009) no existe ninguna diferencia entre el término de adición de obra o adición contractual y obra adicional o contrato adicional, pues según este persiguen un mismo fin y es este el de modificar un contrato principal, aunque según lo que se puede apreciar de la lectura de los apartes de su texto dedicados a la contratación estatal, el contrato u obra adicional lo es por superar la barrera del 50% del valor inicial del contrato.

El término contrato u obra adicional, alude entonces a la manera como se adiciona un contrato, mediante suscripción de un documento que debe reunir los requisitos del contrato primigenio, es decir del contrato que se va a adicionar, lo anterior en su momento fue regulado por el Decreto 222 de 1983, Art. 58, Decreto que fue derogado pero que en la Ley 80 fueron reglamentados algunos de sus contenidos, es por ello que según Rico Puerta, ésta regula la adición de contratos, pero sin que se trate de forma distinta. (Rico Puerta, 2009)

Para Susana Montes de Echeverri, no resulta legalmente procedente celebrar un contrato adicional, pues en todos los casos en los que se presenta esta figura, no existe variación o modificación o “adición” al alcance físico de sea cual sea la obra contratada. Montes de Echeverri es clara en decir que lo que ocurre en

los casos en los que hay que hablar de contrato u obra adicional, es que esos casos se presentan por una deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para ejecutar el objeto contractual, siendo este último el alcance físico de la obra, descrito en el mismo contrato, no se debe hablar entonces de otra cosa que de un contrato con valores a precios unitarios, ya que el presupuesto calculado inicialmente para su ejecución resulta insuficiente y por lo mismo se hace necesario disponer de una mayor cantidad de presupuesto para pagar el valor o precio global y real de la ejecución del concepto legal de contrato u obra adicional. (Consejo de Estado, concepto 1121 de 1998).

Es preciso entonces, decir que para Montes de Echeverri, se hace necesario entender que solamente habrá verdadera “adición a un contrato” cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente lo que sería para Montes el concepto de adición de obra, pues esto se da como se trató anteriormente porque el cálculo de cantidades de obra estimada al momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato.

Es entonces como se puede llegar al punto de ruptura en el que la administración no tiene otro camino distinto al de solucionar los problemas que se deriven de las deficiencias en el diseño de la obra, y se debe entonces permitir por la vía de la adición a un contrato el desarrollo normal del contrato ajustando los diseños y las cantidades de obra a la realidad

del proyecto que se debe realizar, facultad que como expone la doctora Montes de Echeverri, no está cobijada por el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80.

Es entonces después de lo anterior como puede llegar a saber que la posición de la doctora Montes fue cambiando y evolucionando, pues cada vez desarrolla aún más los conceptos de precios global y unitario y es sobre estos en los cuales basa su postura en adelante. En cuanto a la celebración de contratos a precios unitarios no se requiere la celebración de un contrato u obra adicional, pues lo único que varía es la estimación inicial de las cantidades de obra y, como consecuencia del aumento en las mismas, el valor final del contrato aumenta, por ello, debe ejecutarse el contrato hasta su culminación y la administración debe realizar el manejo presupuestal requerido para atender sus propias obligaciones, derivadas de la forma de contratación adoptada para pagar oportunamente al contratista la ejecución de la obra.

En los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor:

[...] sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establecerá el costo. (CONCEPTO No 1439 de 2002)

Para terminar el análisis, se analiza la posición de los entes de control, en este caso la Procuraduría General de la Nación, como ente encargado de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por fallas disciplinarias, se adelantan contra los servidores públicos y contra los particulares que ejerzan funciones públicas o manejan dineros del Estado³.

Para la jurisprudencia existen caso en los cuales puede ser viable la adicción en más del 50 %, caso concreto las concesiones, pero para la Procuraduría ni siquiera este caso especial es permitido y emiten las siguientes razones:

Afirma que “prorrogar o adicionar un contrato de concesión de obra pública implica mayores costos y mayores riesgos, los cuales no se pueden asumir sin que medie un proceso contractual abierto y transparente, en el cual se respeten los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, para establecer la mejor oferta.” (Sentencia C-300 de 2012)

En un Estado Social de Derecho, los contratos públicos no pueden adjudicarse de manera automática a una persona ya que está involucrado el interés general y el principio de participación, y es necesario convocar a todos los interesados, a presentar sus propuestas en igualdad de condiciones, en el marco de un proceso público y transparente. Agrega que las personas que ejecutan una obra para el Estado, así se trate de una concesión de obra pública, no tienen ni puede tener un derecho de preferencia, una primera opción, o un derecho automático a contratar todas las obras adicionales, directamente relacionadas con el objeto contractual relativo a dicha obra.

2. Posición del Consejo de Estado en los últimos cinco años frente a adiciones de obra y obras adicionales en los contratos con el Estado.

En este punto de la investigación y luego de hacer un análisis a las diferentes decisiones y pronunciamientos que hace el Consejo de Estado frente al tema de la adición de obra y contrato adicional en la contratación estatal, se hace necesario dejar claro que el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha tenido una posición frente al tema al establecer que aunque en muchas ocasiones estas actuaciones pueden darse por una mala planeación, en otros casos estas dependen de la modalidad de la contratación y los eventos que en muchas ocasiones no podrían haberse previsto en la fase preparatoria del contrato.

Para desarrollar con claridad el ejercicio que se plantea en este acápite, recurrimos a la realización de unas fichas jurisprudenciales con el objeto de hacer más clara y sencilla la comprensión de los conceptos, respuestas a consultas y sentencias que se encontraron en el rastreo de documentación sobre el tema objeto de análisis:

Ficha Nro. 1

Consulta	
Número	Fecha
1439	18 de julio de 2002
Consejero ponente	
SUSANA MONTES DE ECHEVERRI	
Actor / Accionante	
Ministro del Interior	

³ De conformidad con lo establecido en el Código Único Disciplinario.

Ficha Nro. 1 (continuación)

Hechos o elementos fácticos
<p>El Señor Ministro del Interior, a solicitud del Alcalde del municipio de Envigado (Antioquia), formuló consulta ante esta Sala (Sala de Consulta y Servicio Civil), a fin de conocer la posibilidad legal de adicionar un contrato de obra en más del 50% de su valor inicial.</p> <p><i>Luego de contratada una obra y estando en ejecución la misma se detecta que los diseños del proyecto, los cuales a su vez fueron contratados por la Administración previamente a la apertura de la licitación, presentan inconsistencias de carácter técnico respecto al diseño estructural y de algunos cálculos, lo que demanda la revisión de los mismos, dando como resultado que dichos diseños no garantizan la estabilidad y seguridad de la obra contratada.</i></p> <p><i>Por tal razón se procede a corregir las inconsistencias y rediseñar la obra lo que acarrea la necesidad de adicionar el contrato no solo en el plazo sino también en su valor en un porcentaje que supera el 50% establecido en el párrafo del artículo 40 de la ley 80.</i></p> <p><i>Es importante aclarar que la obra contratada tienen el carácter de prioritario y representa para la comunidad un paso fundamental para su vida social y económica, por lo que su no continuidad de ejecución inmediata y completa ocasiona no solo grandes riesgos de daño de las obras ya ejecutadas, sino que afecta en forma directa a la comunidad beneficiaria de la misma, a más de generarse mayores costos por paralización de obras mientras convoca para un nuevo contrato previo proceso licitatorio a fin de contratar las obras necesarias para su terminación y que no se podrían ejecutar por haberse copado el límite fijado en el artículo 40 de la Ley 80 para la adición del contrato actualmente en ejecución. Por tanto dicha situación no beneficiará ni a la entidad contratante, ni a la comunidad como tampoco a la misma obra.</i></p>
Problema jurídico a resolver
<p>¿Es viable jurídicamente adicionar un contrato en más de un cincuenta por ciento (50%) del valor inicial?</p> <p>En el evento de no ser posible la adición por encima del 50%, podría a la luz del artículo 42 de la ley 80 ante la urgencia manifiesta de la continuidad del contrato y la prestación del servicio público que se presta con la ejecución de la obra, el cual se vería afectado al tener que acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos de las obras faltantes, se podría acudir para la contratación de dichas obras que exceden el 50% de adición a la figura de la contratación directa por urgencia manifiesta sin por ello incurrir en conductas al margen de la legalidad?</p>
Consideraciones
<p><i>Tratándose de contratos de obra pública, de manera general puede decirse que es muy frecuente que las partes no conozcan a priori o desde el comienzo, las reales cantidades de obra que deben ser ejecutadas para completar el objeto contractual deseado.</i></p> <p><i>En todas las modalidades de contratación de obra es muy importante la inclusión de la cláusula sobre el valor del contrato; sin embargo, según se trate de una u otra modalidad de contratación, esta cláusula tiene una función o importancia distinta:</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>En efecto, en el contrato por precio global, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio.</i></p> <p><i>Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto.</i></p> <p><i>Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente.</i></p> <p><i>En casos como el que se analiza, como se ha manifestado, no resulta legalmente procedente la celebración de un “contrato adicional”, pues en verdad no existe variación o modificación o “adición” al alcance físico de la obra contratada. En efecto, lo que ocurre en estos casos es que simplemente, por una deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas</i></p>

Ficha Nro. 1 (continuación)

para ejecutar el objeto contractual (alcance físico de la obra) descrito en el mismo contrato, el presupuesto calculado para su ejecución resulta insuficiente y, por lo mismo, se hace necesario disponer de un mayor presupuesto para pagar el valor total y real de su ejecución.

Es clara la posición de la Doctora Montes de Echeverri, en tratar en repetidas ocasiones de “absurdo” la manera en como la costumbre administrativa se estaba convirtiendo para ese entonces el “celebrar contratos adicionales en valor”, para aumentar presupuestos de obra, “absurdos” que desencadenan en enredar totalmente la ejecución de los contratos principales.

En efecto, no son pocos los casos en donde la administración, después de obligar a los contratistas a celebrar contratos adicionales para aumentar simplemente la asignación presupuestal para cada contrato, ha llegado a declarar que es necesario terminar un contrato en el cual no se ha ejecutado aún la obra contratada porque ya se ha copado el límite legal establecido en el inciso 2 del párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1.993, a pesar de que, por supuesto, no se ha agregado nada al alcance de la obra original. En otros más, ocurre que no se puede ejecutar una obra complementaria, extra y/o adicional, porque también se copó con esos “contratos adicionales en valor” el límite legal.

Del análisis de los hechos objeto de la consulta es dable deducir, que éstos no se tipifican dentro de las causales previstas en el Estatuto de Contratación Pública, para declarar la urgencia manifiesta y proceder a la contratación directa de la mayor cantidad de obra resultante de los problemas de diseño que surgieron durante la ejecución del contrato.

No existe realmente una situación que amenace la prestación del servicio o la ejecución de la obra, pues jurídicamente, no es viable proceder, so pretexto de la aplicación del artículo 40 de la ley 80 de 1993, a la terminación del contrato actualmente vigente, y generar artificialmente, una situación que amenace la estabilidad de la obra ejecutada a la fecha.

Por el contrario, como se explicó anteriormente, la administración municipal se encuentra frente a una situación derivada de la naturaleza misma de un contrato suscrito bajo el sistema de precios unitarios o valor determinable, cuya solución depende directamente de ésta. No se trata, entonces, de una situación excepcional que habilite la declaración de urgencia manifiesta.

Decisión

Con base en las consideraciones precedentes, LA SALA RESPONDE

No se requiere la celebración de contrato adicional en los contratos de obra por precios unitarios cuando lo que varía no es el objeto del contrato sino la estimación inicial de las cantidades de obra y, como consecuencia del aumento en las mismas, el valor final del contrato aumenta. Por ello, debe ejecutarse el contrato hasta su culminación y la administración debe realizar el manejo presupuestal requerido para atender sus propias obligaciones derivadas de la forma de contratación adoptada y pagar oportunamente al contratista la ejecución de la obra.

En los casos en que las deficiencias de los diseños de un proyecto provengan de culpa del consultor o asesor, debe darse aplicación a las disposiciones de los artículos 53 y siguientes de la ley 80 de 1.993.

En la anterior consulta y siendo esta la que se tomó como la que da un claro inicio a la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, sobre el tema de la obra adicional y adición contractual, es clara la posición que toma el órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa, pues deja notar que por una “mala planificación” de la administración y el contratista al momento de celebrar un contrato inicial para la ejecución de una obra, no debe hacerse uso de la celebración de un

contrato adicional, pues lo que debe variar no es el alcance físico de la obra a ejecutar, sino el precio final de la misma, pues es clara la posición que se toma cuando dice la Doctora Montes de Echeverri, “se deben de celebrar los contratos no a precios globales sino a precios unitarios y determinables”, pues estos pueden variar al momento de ejecutar la obra, por lo cual los precios inicialmente planificados “son un simple estimatorio de lo que puede acarrear el alcance físico y total de la ejecución del contrato”.

Ficha Nro. 2

Consulta	
Número	Fecha
1.920 1001-03-06-000-2008-00060-00	09 de septiembre de 2008
Consejero ponente	
ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO	
Actor / Accionante	
Andrés Uriel Gallego Henao	
Hechos o elementos fácticos	
<p>La celebración por el Instituto Nacional de Vías, INVÍAS, del contrato No. 557 de 2004, con el objeto de ejecutar, por el sistema de precios unitarios, la CONSTRUCCIÓN DEL TÚNEL PILOTO – FASE I DEL TÚNEL DE LA LÍNEA, CARRETERA IBAGUÉ – ARMENIA, acordando las partes que las cantidades de obra “son aproximadas ... por lo tanto, se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra”, y que “en consideración a las cantidades de obra proyectadas y a los precios unitarios ofertados”, el valor sería el estipulado en la cláusula segunda del contrato, en la cual igualmente se dijo: “Las cantidades de obra son aproximadas y están sujetas a variaciones, bajo esta condición se estima el precio de este contrato en la suma de ...”; agregando el párrafo tercero: “Si de lo establecido en la presente cláusula pudiese resultar un valor mayor al previsto en esta para la ejecución del objeto del contrato, las partes acuerdan que EL INSTITUTO no contraerá obligaciones, ni EL CONTRATISTA las ejecutará en exceso de dicho valor, hasta tanto no exista la efectiva disponibilidad presupuestal en el presupuesto del INSTITUTO y se hayan cumplido los trámites legales que se requieran para perfeccionar el respectivo compromiso presupuestal (...).</p> <p>Explica el Sr. Ministro de Transporte, que previo análisis de las sentencias y los conceptos de esta Corporación, relacionados en la consulta, las partes suscribieron, en diciembre de 2006, “el adicional No. 2 al contrato 557 de 2004, previendo como obligación del contratista la CONSTRUCCIÓN DEL ACCESO AL PORTAL QUINDÍO, y adicionando su valor en... equivalentes al cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato, expresado en salarios mínimos legales vigentes.”</p> <p>Agrega que en el año 2007, para enfrentar fallas geológicas, el contratista ejecutó “mayores cantidades de obra... [Debiendo] aumentar el valor del contrato...”; y que idéntica situación se presenta en el año 2008; también manifiesta que como de la revisión hecha a la jurisprudencia y la doctrina sobre el tema, “pudo constatar que no todo incremento en el valor del contrato supone una adición al mismo sometido al límite legal señalado” en la ley 80 de 1993, fueron suscritos los adicionales Nos. 3 y 5, respectivamente, al contrato 557 de 2004.</p>	
Problema jurídico a resolver	
<p>En los contratos de obra pública pactados a precios unitarios, ¿se entiende que el valor del mismo es aquel estimado inicialmente? O por el contrario ¿su valor es el que resulte una vez se vayan conociendo las verdaderas cantidades de obra que se han ejecutado para cumplir el objeto contractual convenido?</p> <p>¿Cómo debe calcularse, para efectos del límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, el valor del contrato en los contratos de obra pública pactados a precios unitarios?</p> <p>Finalmente, en relación con el contrato de obra pública No. 557 de 2004, ¿se entiende que el valor del mismo es el que resulte de sumar su valor inicial y los dos incrementos de valor que se le han realizado como consecuencia de la ejecución de mayores cantidades de obra? Si la respuesta es afirmativa, ¿el límite legal, para adicionar el mismo es el 50% del total que resulte de la sumatoria de los conceptos enunciados, expresado dicho valor en salarios mínimos legales vigentes?</p> <p>En los eventos que se celebre un contrato adicional en los términos del párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, ¿le son aplicables a éste las reglas contenidas en el contrato principal?</p> <p>Cuando se adiciona y/o incrementa el valor del contrato de obra, ¿qué tratamiento debe darse, frente a este aspecto, al contrato de interventoría?”</p>	

Ficha Nro. 2 (continuación)

Consideraciones
<p>Se acepta entonces, sin necesidad de definición legal, que el contrato de obra a precio unitario es aquél en el que el precio del objeto contractual a cargo del contratista, se configura por tres elementos: una unidad de medida, el estimativo de la cantidad de cada medida y su precio por cada unidad; siendo claro que lo más probable es que el monto del precio del objeto contractual sea uno al momento de la celebración del contrato y otro cuando concluya la ejecución, como pasa a explicarse.</p> <p>A lo largo de la ejecución del contrato, el precio inicial sufrirá variaciones, bien porque las partes hayan acordado reajustar periódicamente cada precio unitario, bien porque la cantidad de obra contratada aumente o disminuya, o bien por la concurrencia de ambas situaciones. Entonces, finalizado el contrato, porque se concluyó su objeto o por otra circunstancia, el resultado de multiplicar los precios unitarios reajustados por la cantidad de obra efectivamente ejecutada, determinará el “valor final”.</p> <p>Reafirmando el criterio expresado en el concepto de julio 18 de 2002, radicación No. 1439 , para la Sala sigue siendo claro que el aumento o la disminución de las cantidades de obra contratadas, no comporta una modificación al objeto del contrato sino, una consecuencia de las estipulaciones del mismo, lo cual ha de determinarse en cada caso, con la medición periódica de los avances de la obra; éstos, recogidos en actas o como se haya estipulado en el contrato, van a reflejar, con la misma periodicidad, un valor del contrato proveniente de su ejecución real; requiriéndose, dado el caso, el trámite del recurso presupuestal en cuanto exceda la apropiación inicial, además de las formalidades establecidas por las partes.</p> <p><u>Asunto diferente es aquél en el que por razón de la ejecución de la obra contratada, surge la necesidad de modificar el objeto contractual en el sentido de añadir o agregar una nueva obra; es decir, se requiere “adicionar” el contrato. El estatuto contractual vigente contempla esa posibilidad, pero expresamente la limita con referencia al valor; (Art. 40, L.80, par).</u></p> <p>En la norma transcrita, las expresiones “adicionar” y “valor inicial”, tienen un significado común: es el caso de un contrato que requiere de modificaciones que inciden en su valor original, no porque correspondan al simple resultado de multiplicar cantidades de obra y precios originalmente pactados, sino porque se trata de obras nuevas o distintas respecto de las contratadas, y que son indispensables para que el objeto contractual cumpla la finalidad buscada por la entidad estatal contratante.</p> <p>Tratándose de contratos de obra con pago a precios unitarios, el “valor inicial” es aquél, estimado o aproximado, por el que se firmó el contrato, según se explicó atrás, representado en salarios mínimos legales mensuales. El uso de la expresión “valor inicial”, que hace el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, excluye los mayores valores que se hayan dado a lo largo de la ejecución de la obra por razón de mayores cantidades de obra a los precios unitarios pactados, sin perjuicio de que la conversión a salarios mínimos legales mensuales, vigentes para la época de la adición, permita que la obra objeto del contrato adicional exceda el 50% del valor inicial representado en términos absolutos.</p>
Decisión
<p>Con base en las premisas anteriores la Sala RESPONDE:</p> <p>En los contratos de obra pública con pago pactado a precios unitarios, el valor del contrato es el que resulta de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por sus precios unitarios; pero, para su celebración, el precio se expresa en un valor estimado, que corresponde a un valor inicial, y que está dado por las cantidades de obra y los precios unitarios por los cuales se hizo la respectiva adjudicación.</p> <p>Debe tomarse el valor inicial o estimado y convertirlo a salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época en que se celebró el contrato, y luego llevarlo a valor presente al momento en que ha de acordarse la respectiva adición.</p> <p>Para efectos de adicionar un contrato como el que atañe esta consulta, conforme a lo previsto en el párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, debe tomarse su valor estimado, que es su valor inicial, en la forma como se expuso en la respuesta anterior; por tanto, no pueden agregarse, para efectos de la adición, los dos “incrementos de valor” realizados.</p> <p>A los contratos adicionales les son aplicables las reglas contenidas en el contrato principal.</p>

Para considerar el concepto al cual lleva el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se debe dejar entonces de lado el error en el cual cae la administración pública al momento de contratar una obra, pues ese error consiste en estimar un precio inicialmente, pues como lo explican en la anterior consulta, el verdadero valor del contrato se determinará una vez se concluya la obra, por lo mismo se dice entonces que “no se trata de que se esté adicionando el contrato, solo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino”.

Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera “adición” a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico

de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato.

Del análisis de la anterior consulta, se puede dejar claro que el concepto dado por la Doctora Susana Montes de Echeverri en el año 2002, es la base para consultas posteriores.

De este concepto es necesario rescatar que el Consejo de Estado basa su posición en la manera en cómo se “debe adicionar un contrato”, sin la necesidad de que este modifique el alcance físico del contrato principal, y como se hace necesario celebrar un contrato adicional cuando se sobrepasa el límite del 50% que establece el parágrafo del Art. 40, de la Ley 80 de 1993, para la Sala, no queda duda acerca de que la palabra “adicionar” que emplea la norma en cuestión, supone que se trata de un contrato al que debe agregarse algo y su límite en el porcentaje de su adición, “debe ser respetado, pues es una limitación impuesta por el legislador, buscando con ello constituir una medida de control para prevenir el desconocimiento de los procesos licitatorios en razón del respeto a los principios de la contratación estatal”. (Subrayado fuera de texto)

Ficha Nro. 3

Sentencia	
Número	Fecha
25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)	31 de agosto de 2011
Consejero ponente	
RUTH STELLA CORREA PALACIO	
Actor / Accionante	
Pavicon LTDA.	
Hechos o elementos fácticos	
Entre PAVICON LTDA. Y el Departamento de Cundinamarca, previo proceso de licitación pública, se celebró el Contrato n.º SOP-211-93 el 3 de enero de 1994, para la construcción y pavimentación de la variante de Madrid desde el km. 0+520 al km. 2+100, tomando el km 0+000 a la entrada a Madrid en la vía de Bogotá-Madrid. El plazo de ejecución fue de seis meses y el plazo de vigencia fue de ocho meses. El valor del contrato más reajustes fue de \$725.773.785.30.	

Ficha Nro. 3 (continuación)

Hechos o elementos fácticos
<p>Al contrato de obra pública S.O.P. 211-93, se le realizaron 3 modificaciones el 29 de julio y 14 de septiembre de 1994 y el 27 de enero de 1995; igualmente, PAVICON LTDA. Solicitó tres prórrogas al contrato el 30 de enero, 3 de abril y 1 de junio de 1995.</p> <p>No obstante que la ejecución de la obra se pactó en 6 meses la misma se demoró 14 meses, contados desde el día 18 de mayo de 1994 hasta el 21 de julio de 1995, por causas y hechos imputables a la entidad contratante.</p>
Problema jurídico a resolver
<p>El 12 de junio de 1997, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (art. 87 del C.C.A.), PAVIMENTOS VIAS Y CONSTRUCCIONES-PAVICON LTDA., formuló demanda contra el Departamento de Cundinamarca, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:</p> <ul style="list-style-type: none"> i. Declarar a la demandada responsable administrativamente de los perjuicios causados a la demandante en la ejecución del contrato No. SOP.211.93 de 1993. ii. Condenar a la demandada a pagar la disminución patrimonial ocasionada, es hipotéticamente equivalente a la suma de \$556.558.543,10 o en subsidio la que se establezca en el curso del proceso. <p>El demandante persigue la responsabilidad patrimonial del Departamento de Cundinamarca con fundamento en el desequilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93, derivado de los sobrecostos de administración, personal y maquinaria, en los que afirma haber incurrido por la mayor permanencia en obra originada en hechos sobrevinientes que no le resultan imputables y que se presentaron por la falta de diseños y planos de la vía a construir. Establecer si se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 por hechos no atribuibles al contratista, sin que se adoptaran las medidas necesarias para su restablecimiento y, si surge para la entidad demandada el deber de reparar los daños que el demandante afirma se le causaron por el mayor tiempo que duró la obra.</p> <p>Indemnización resultante a favor del contratista en los eventos en que el equilibrio de la ecuación contractual se ve afectado por el ejercicio de la facultad excepcional de modificación unilateral del contrato por parte de la administración.</p>
Normas infringidas y concepto de la violación
<p>El actor consideró que la actuación de la entidad transgredió los artículos 2, 3, 4, 6, 90, 121, 122, 123, 150 in fine, 209, 305 numerales 1, 2 y 15 de la Constitución Política; el artículo 309 del Decreto ley 1222 de 1986; los artículos 3, 4 numerales 3 y 9, 5 numerales 1 y 12, 14 numeral 1, 24 numeral 5, 25 numerales 4 y 12, 26 numerales 1, 2, 3 y 4, 26, 27, 30 numeral 2, 50, 51 y 58 de la Ley 80 de 1993.</p>
Decisión
<p>Los consejeros de la sala tercera del Consejo de Estado hacen un amplio recorrido sobre temas como los principios de la contratación estatal siendo los más mencionados el principio de planeación y el de educación financiera o equilibrio económico del contrato, haciendo aun mayor profundidad en el primero de ellos.</p> <p>Se toma la decisión que por darse un rompimiento del equilibrio financiero y contractual del contrato estatal celebrado entre las partes ya mencionadas, es la administración pública la que carga con el deber de reparar o atenuar los daños producidos por actos o hechos extraordinarios e imprevisibles que se presenten con posterioridad a su nacimiento en aplicación de los principios de responsabilidad del Estado por daños antijurídicos, solidaridad, igualdad, respeto a la propiedad privada y a los derechos adquiridos con justo título, buena fe, equidad contractual y bajo el entendido de que dicha relación negocial se fundamenta en la colaboración recíproca y de ayuda mutua para el cumplimiento de los fines públicos y el interés general que constituyen el objeto de aquél, con independencia de que la causa de su ruptura económica sea o no desencadenada por la administración.</p> <p>La sala CONFIRMO LA SENTENCIA APELADA, aun cuando se presentaron hechos no imputables al contratista que dieron lugar a una mayor duración del vínculo contractual, no se demostró una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 ni daños con ocasión de esa situación y, al contrario, si se probó la adopción conjunta y de mutuo acuerdo de las medidas necesarias para superar las dificultades que se presentaron con el fin de obtener la ejecución del objeto contractual. Por consiguiente, la sentencia apelada en cuanto no encontró probado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, derivado de sobrecostos por concepto de personal, maquinaria y equipo por mayor permanencia en la obra.</p>

Para el Doctor Arboleda Perdomo, como se trata del mismo contrato, el documento que contiene la adición solo recoge las variaciones acordadas, y por ello todo aquello que no se modifique del contrato principal aplicará al contrato adicional.

Aunque en casi todas las consideraciones de la sala se deja entrever que se le dará la razón a la parte accionante o demandante, es claro el Consejo de Estado en decir que si bien si se generaron unos sobrecostos por las adiciones de obra en el contrato, es obligación tanto del contratista en el momento de identificar los posibles errores comunicarlos y de la administración sanear estos, la parte contratista solo pensó en generar un “mayor valor pagado” para así generar más ingresos, lo que fue para ellos un contrato que en vez de generar una ganancia generó una pérdida innecesaria tanto de tiempo como de dinero.

Para establecer claramente la posición del Consejo frente a las adiciones de obra y obras adicionales en un valor superior del 50%, tiene que ver con la forma como se establece o calcula el precio del contrato, precio global⁴ o precio unitario⁵. Señala la jurisprudencia que es indispensable hacer esa diferenciación, pues de ahí depende el hecho de poder realizar o no una obra adicional o mayor cantidad de obra, ya que cuando es a precio global, en este se incluyen todos los costos en que incurre el contratista para poder ejecutar la totalidad del objeto contratado y no requiere en principio el reconocimiento de obras adicionales para culminarlo, mientras que en el contrato a precio unitario toda cantidad de obra adicional debe ser reconocida.

Expone el Consejo de Estado que no se requiere la celebración de contrato adicional en los contratos de obra por precios unitarios cuando lo que varía no es el objeto del contrato sino la estimación inicial de las cantidades de obra y, como consecuencia del aumento en las mismas, el valor final del contrato aumenta. Por ello, debe ejecutarse el contrato hasta su culminación, y la administración, debe hacer todo lo posible por cumplirle al contratista con las debidas apropiaciones presupuestales, pues aquí prima el bienestar general, cuando esta obra es indispensable para una comunidad.

Las obras adicionales o complementarias hacen referencia a actividades no contempladas o previstas dentro del contrato inicial y requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso.

Por consiguiente, la causa del contrato estatal está directamente vinculado con los fines del Estado, y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de ma-

⁴ Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales

⁵ El contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato.

nera que, en ocasiones, es necesario adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones, eso sin modificar su esencia, y la del objeto contratado, ya que, una alteración extrema significaría un contrato diferente.

Se establece entonces que para no incurrir en éstos problemas de adiciones de obra u obras adicionales a los contratos de obra celebrados con el Estado, lo más conveniente cuando es difícil presupuestar inicialmente el precio del contrato, se debe contratar a precios unitarios y así el precio se determinará una vez se concluya la obra, por lo mismo se dice entonces que “no se trata de que se esté adicionando el contrato, solo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino”.

El Consejo de Estado indicó que en el contrato a precio global lo que exceda el marco de lo pactado en el acuerdo primario constituye una verdadera obra adicional cuya ejecución en términos de precio, objeto y cantidades debe estar condensada en el respectivo contrato adicional, entendiéndose éste como una modificación del objeto, y alcance del contrato, mientras que en los contratos realizados a precios unitarios, la cláusula valor no tiene un valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor se establecerá cuando termine el contrato, y no se deberán realizar contratos adicionales por aumento del valor, ya que no se cambió el alcance del contrato, aquí no aplica el artículo 40 de la Ley 80, pero si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación

en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional.

3. Corte Constitucional y Consejo de Estado frente a la adición de obras u obras adicionales por más del 50% del valor inicial del contrato

En este acápite se analizará la posición de la Corte Constitucional y confrontará con la del Consejo de Estado cuando en un contrato celebrado con el Estado, se presenta la situación de tener que adicionar en más del 50% del valor inicialmente pactado para lograr concluir el objeto contractual. Para desarrollar este punto, recurrimos a la elaboración de unas fichas jurisprudenciales de las sentencias más relevantes emitidas por los órganos de cierre.

Se tomarán para la elaboración del análisis jurisprudencial las sentencias C-300 de 2012 y C-618 de 2012 de la Corte Constitucional, las cuales tratan apartes del tema sobre el cual se ha tratado durante toda esta investigación; los apartes relevantes de las mismas para este trabajo investigativo, se confrontarán con las opiniones y las sentencias analizadas en el capítulo anterior (Consejo de Estado)

En principio se puede afirmar que no hay diferencia con respecto a los conceptos contrato adicional y adición de contrato, ya que para la Corte Constitucional, por el primer término se entiende “aquel contrato que implica una modificación fundamental del contrato inicial” y el segundo término “una mera reforma del contrato, que no implica una modificación de su objeto”. El Consejo de Estado conceptúa de manera similar.

Sin embargo, parte de la diferencia que se da entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, tiene que ver con la forma en que ambos órganos consideran la adición de obra, entendiéndose que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, afirma

que la adición de obra puede comprender una ampliación del objeto del contrato, es decir de su alcance físico; mientras que la Corte Constitucional, expone que cualquier modificación que se de en el objeto del contrato, se debe dar a través de un contrato adicional con todas las ritualidades que este exige. De igual manera la

Corte Constitucional autoriza las prórrogas o adiciones de obras solo para aquellas actividades de carácter excepcional y necesario para lograr cumplir el objeto del contrato inicial, no cuando se requieren obras que no fueron inicialmente contempladas en el contrato primigenio.

Ficha Nro. 4

Sentencia	
Número	Fecha
C-300	Abril 25 de 2012
Magistrado ponente	
JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB	
Actor / Accionante	
Martín Bermúdez Muñoz	
Hechos o elementos fácticos	
<p>En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz demandó el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 de 2007:</p> <p>“ARTÍCULO 28. DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial. No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones.”</p> <p>El demandante explica que al expedirse la ley 80 de 1993, el artículo 40 estableció la regla general de que los contratos estatales no podrían adicionarse en más del 50% de su valor inicial. Evidencia que mediante este mecanismo se han adicionado a las concesiones vigentes obras que no son adicionales ni complementarias a las propias concesiones, por cuantías que evidentemente habrían requerido de la realización de una licitación pública.</p>	
Problema jurídico a resolver	
<p>Corresponde a la Sala determinar si los principios de la función administrativa, especialmente los de igualdad, imparcialidad y eficiencia, y el principio de libre competencia, son desconocidos por el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150, en tanto permite la prórroga o adición de los contratos de concesión de obra pública (i) para la realización de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado (en el caso de las concesiones viales, obras relacionadas con el mismo corredor vial) y, a juicio del demandante, (ii) sin límite de cuantía.</p>	
Consideraciones	
<p>Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.</p> <p>“Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacionales consideran que las nociones de contrato adicional y de adición de contrato no corresponden a la misma figura jurídica. Así, mientras que por el primero se entiende aquel contrato que implica una modificación fundamental del convenio inicial, la segunda se refiere a una mera reforma del contrato que no implica una modificación de su objeto”.</p> <p>Por el contrario, en concepto del 18 de julio de 2002, al referirse al contrato de obra pública, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado afirmó que la adición puede comprender una ampliación del objeto del contrato, en el caso del contrato de obra, de su alcance físico. Al respecto, señaló:</p>	

Ficha Nro. 4 (continuación)

Problema jurídico a resolver
<p>“Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera ‘adición’ a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato”</p>
Decisión
<p>Declarar EXEQUIBLE el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.</p>

Ficha Nro. 5

Sentencia	
Número	Fecha
C-618	8 de agosto de 2012
Consejero ponente	
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO	
Actor / Accionante	
Juan Martín Caicedo Ferrer	
Hechos o elementos fácticos	
<p>El ciudadano Juan Martín Caicedo Ferrer, presentó acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 5° de la Ley 1474 de 2011 .</p> <p>Para el accionante, la disposición acusada vulnera la Carta Política al limitar, sin razón alguna y de manera desproporcionada, los derechos fundamentales a elegir profesión u oficio y al trabajo. Sostiene que, así mismo, la norma desconoce el principio constitucional de la libertad económica y de empresa.</p>	
Problema jurídico a resolver	
<p>De este modo, el problema jurídico que en esta oportunidad debe resolver la Corte consiste en establecer si la inhabilidad prevista en la disposición acusada, por la manera en que quedó concebida, resulta contraria a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, y, por consiguiente, violatoria del derecho al trabajo, de la libertad de escoger profesión u oficio, de la libertad económica y de la libre empresa.</p> <p>Que se declare la inconstitucionalidad contra el artículo 5° de la Ley 1474 de 2011.</p>	
Normas infringidas y concepto de la violación	
<p>El actor consideró que la actuación :</p> <p>La disposición acusada vulnera la Carta Política al limitar, sin razón alguna y de manera desproporcionada, los derechos fundamentales a elegir profesión u oficio y al trabajo. Sostiene que, así mismo, la norma desconoce el principio constitucional de la libertad económica y de empresa.</p> <p>En materia contractual, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades tiene como objetivo que quienes acceden al ejercicio de la función pública lo hagan sin cuestionamientos éticos, conflicto de intereses o con calidades que no le permitan ejercer, de manera transparente y eficaz, sus funciones.· 1</p> <p>La prohibición normativa es especialmente gravosa cuando se extiende al cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, pues se está impidiendo que un tercero ejerza su profesión</p>	

Ficha Nro. 5 (continuación)

Normas infringidas y concepto de la violación
<p>libremente, o que trabaje en su oficio y se limitan sus posibilidades económicas, sin que esta restricción derive de una acción propia o de una inferencia válida que indique que esto contribuye a la probidad administrativa. El legislador desconoció el derecho al trabajo; la libertad de elegir profesión u oficio y los principio de libertad económica y de empresa.</p>
Consideraciones
<p>La Corte concluyó que debía desecharse la pretensión del demandante de juzgar las limitaciones legales a la luz de los artículos 333 y 334 de la CP, como si ellas se enderezaran a restringir la actividad económica y la iniciativa privada, conclusión que resulta igualmente predicable frente a la pretensión que, sobre las mismas bases, se ha planteado en la actualidad.</p> <p>No obstante lo anterior, la Corte, en la misma sentencia a la que se ha venido haciendo alusión, expresó que, en todo caso, debe reconocerse que las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables.</p> <p>En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad. De ahí, que el objetivo central del Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993, haya sido precisamente “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”; y el de la ley que lo reforma, Ley 1150 de 2007, “introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.” La exposición de motivos del proyecto de ley de origen gubernamental que dio paso a la Ley 1150 de 2007 señala claramente su intención de realizar ajustes a la ley 80 de 1993, con el objeto de introducir medidas para mejorar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción.</p>
Decisión
<p>Para la Corte regular la función pública, en particular la contratación estatal, es enteramente diferente de intervenir en la actividad económica y en la libre competencia.</p> <p>Debía desecharse la pretensión del demandante de juzgar las limitaciones legales a la luz de los artículos 333 y 334 de la CP, como si ellas se enderezaran a restringir la actividad económica y la iniciativa privada, conclusión que resulta igualmente predicable frente a la pretensión que, sobre las mismas bases, se ha planteado en la actualidad.</p> <p>La restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate.</p> <p>La contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.</p> <p>En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad.</p>

La Corte Constitucional, autorizaba solamente la adición hasta por el 60% del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, sustentado por el ya derogado artículo 28 de la Ley 1150 de 2007⁶ en los contratos de concesión.

Por su parte el Consejo de Estado frente al tema tiene dos posiciones, una frente a la cláusula valor del contrato inicial y otra con respecto al objeto o alcance físico del contrato, esto referido solo a contratos de obra pública. El Consejo de Estado no considera que al per-

mitirse en casos excepcionalísimos adiciones de obra, se estén vulnerando los principios de la función administrativa (Art. 209 Superior), en particular los de subordinación al interés general, imparcialidad, igualdad y eficiencia, impidiendo la libre competencia entre contratistas en perjuicio de los consumidores y usuarios (Art. 333 Superior). Desconociéndose también el mandato constitucional de seleccionar a los contratistas del Estado mediante el mecanismo de licitación pública (Art. 273 Superior), aquí el Consejo de Estado, busca que con la adición de obra se cumpla con el objeto que se buscó a través de dicho contrato, procurando celeridad, economía, eficiencia administrativa, seguridad jurídica y prevalencia del interés general a través del fin para el cual nació el contrato.

La posición de la Corte Constitucional está estrictamente regida por el cumplimiento del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, independientemente del hecho generador de la necesidad de adición de obra, y del detrimento patrimonial que puede generarse por el hecho del incumplimiento del alcance físico del contrato e independientemente también del interés general que la obra le pueda generar a una comunidad.

Conclusiones

La adición de obra y obra adicional, cuentan con un tratamiento especial dentro de cada una de las Altas Cortes, por tanto, el principio de planeación es determinante para armonizar o contemplar estas figuras cuando en el recorrido contractual se presentan, pues el fin último de cada contrato es procurar cumplir el fin para el cual se establecieron. Por tanto la obra adicional y adición de obra tendrían una incidencia baja en el recorrido contractual cuando se advierte este principio, de igual manera se

bajarían costos y se ahorraría tiempo en la ejecución del contrato.

El interés general como principio juega un papel de suma importancia en lo concerniente a la celebración de contratos con el Estado, más aun cuando deben de celebrarse contratos adicionales y adiciones contractuales, pues es ese interés general el imperativo para que la administración haga lo posible en cumplir con el contrato primigenio.

La posición que asumen los autores en relación con la posición de la Corte Constitucional se refiere a que esta corporación se está extralimitando sus funciones cuando en sus sentencias expresa que al realizarse una adición contractual se vulneran los principios de la contratación estatal, pues argumentan que no hay publicidad en la nueva contratación ni se está dando la posibilidad a nuevos interesados de participar en el proceso de selección para la terminación del contrato primigenio, tema que concierne a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que esta se encarga de dirimir los conflictos que se pueden presentar entre el Estado y los particulares.

Se podrían evitar todas estas dificultades entre permitir obras adicionales o adiciones de obra si se contrata a precios unitarios y no a precios globales.

Referencias

- Rico Puerta, L. A. (2009). Teoría general y práctica de la contratación estatal. Bogotá d.c: leyer.
- Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Ley 1150 de 2007, Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la

⁶ Por medio de la cual se introducen 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.

transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Constitución Política de Colombia 1991.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-618 del 8 de agosto de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

del 31 de agosto de 2011. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 1.920 1001-03-06-000-2008-00060-00 del 9 de septiembre de 2008. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado de Colombia. Concepto 1439 del 18 de julio de 2002. Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

Consejo de Estado de Colombia. Concepto en consulta No 1439 del 18 de Julio de 2002.

Consejo de Estado de Colombia. Concepto en consulta No 1121 del 26 de agosto de 1998.

Corrupción: una mirada hacia lo público en Colombia*

*Luisa Fernanda Hoyos Botero***

*Katherine Ramírez Restrepo****

Resumen

El propósito de este escrito es realizar una reflexión sobre la corrupción en las entidades públicas y las consecuencias sociales, económicas y políticas en nuestras comunidades, afectando el desarrollo de las regiones, la infraestructura, el tejido social, la educación. Sin embargo es importante determinar el comportamiento moral y ético de las personas que participan y toman decisiones en la administración y gestión pública, siendo la actuación de los funcionarios un determinante en la proliferación de esta afectación que tanto le roba al país y a la sociedad. El resultado general arrojado por esta búsqueda tiene principalmente que ver con la evolución de la corrupción durante los años, su incremento y como se ha moldeado para convertirse en la problemática que representa hoy, donde su estudio es hecho por entidades gubernamentales y privadas que derivan información cualitativa y cuantitativa. La corrupción es una problemática que implica dos grandes cuestiones, la primera es como disminuir su concurrencia a través de los mecanismos ya establecidos y volverlos eficientes, y la segunda en Colombia es como impedir que se dé desde su prevención y el cambio de la cultura que ha generado.

Palabras clave: Colombia; comunidad; corrupción; entidades públicas; inversión social; transparencia.

* Este escrito hace parte del semillero de investigación del programa de Contaduría Pública de la Universidad Católica Luis Amigó, perteneciente al grupo de investigación Contas, coordinado por el profesor Farley Sary Rojas Restrepo derivado del proyecto de investigación: Utilidad de la Aplicación de la Gerencia del Valor en la Contabilidad Pública de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) del Área Metropolitana de Medellín: Caso Hospital Venancio Díaz Díaz y Hospital Marco Fidel Suarez del Grupo de Investigación Contas; Correo:farley.rojasre@amigo.edu.co

** Estudiante del programa de contaduría pública del sexto semestre, correo: luisa.hoyosbo@amigo.edu.co

*** Estudiante del programa de contaduría pública del sexto semestre, correo: Katherine.ramirezre@amigo.edu.co

Corruption: a look at the public in Colombia

Abstract

This paper's purpose is to reflect on the importance of corruption in public entities and the social, economic and political consequences in our communities, affecting the development of regions, infrastructure, social fabric, education; However, it is important to determine the moral and ethical behavior of the people who participate and make decisions in the administration and public management, and the performance of officials is a determining factor in the proliferation of this affectation that robs both the country and its society.

The general result of this search has mainly to do with the evolution of corruption over the years, its increase and how it has been shaped to become the problematic it represents today, where its study is done by governmental and private entities that derive information Qualitative and quantitative.

We believe that corruption is a problematic that faces two major issues, the first is how to reduce its concurrence through established mechanisms and make them efficient, and the second in Colombia is how to prevent it from prevention and change in Culture that has generated.

The methodology used in the writing is documentary, descriptive, with qualitative and quantitative emphasis.

Keywords: Corruption, public entities, social investment, community, transparency, Colombia.

Introducción

En este artículo se describe la corrupción desde una perspectiva general encaminándola hacia una conceptualización en la administración pública de Colombia, proporcionando su tipología desde lo público y algunos antecedentes, mostrando la implicación y las consecuencias en la estructura social, política y económica del país. La importancia de este escrito radica en que es necesario conocer la magnitud de este problema para poder combatirlo y buscar soluciones, y qué papel le incumbe a los ciudadanos con miras a la eliminación este obstáculo para el progreso de la sociedad.

Esta problemática no solo se presenta en Colombia, es una dificultad mundial y es complejo comprenderla en todos sus ámbitos, pues a esta la rodean mitos e interrogantes puesto que tiene una naturaleza de clandestinidad y se mantiene encubierta, a pesar que en Colombia esta problemática genera grandes consecuencias sociales.

1. Antecedentes de la corrupción

La corrupción es una problemática que no solo preocupa por la relevancia de sus consecuencias en diferentes entornos de la vida social de un Estado, sino por la antigüedad de sus precedentes, así lo plantea Ruiz (2013).

Existen hechos con evidencia de antiguos actos corruptos de los empleados públicos, el primero del que se tiene conocimiento fue la deshonra hacia la ley con el soborno en el antiguo Egipto, donde se manifiesta que quien aceptara una recompensa de un demandante y se negara a oír al que era culpable del delito en contra de la justicia y estos actos daban pena de muerte. El desarrollo de las entidades del estado, dentro de la gente del común tomo un desarrollo hacia vínculos con este asunto. La segunda regulación relevante sobre las acciones de corrupción fue en la primera constitución de los Estados Unidos donde se utilizó el concepto de impeachment juicio político, se consideraba el soborno como hecho juzgado

y castigado por la ley. A principios de siglo 20 varios países que se consideraban industrializados y desarrollados como Inglaterra, Francia, Suiza, entre otros; se prohibía el soborno a los servidores públicos dentro de los códigos legales, sin embargo, toda esta reglamentación era una práctica solo nacional, jamás se pensó a más allá del entorno interno de país. (p. 10)

En nuestro país es una situación que se presenta desde la colonia, Martínez (2013), expresa:

Durante la colonización de América, España aplicó una política centralista, donde se hizo un abuso y poco interés en la comunidad, lo que llevo a la diferentes revueltas y movimientos de protesta, al grado de alcanzar ilegitimidad por el Estado, por lo cual no fue un Estado respetado protegido ni moral ni materialmente, a raíz de esto se creó un poder criollo quien propicio actividades en contra de la hacienda pública como el contrabando y el peculado, entre otros; estas acciones fueron efectos de la política implementada por España, así como la falta de ética que generaran en los habitantes sentimientos a favor del Estado. Las actividades ilegales alcanzaron notoriedad, a un nivel que se incorporaron en el vivir de la sociedad. Ninguno de los mecanismos implementados sirvió para acabar con esto.

Luego de la colonización estos actos se arraigaron, así el contrabando y otros delitos que atentaban contra la administración, se realizaban con empleados públicos; en el ámbito de gobierno se vivía un espíritu de actitud deshonesto, en pro de un egoísmo y enriquecimiento ilícito, y una postura permisiva para dar beneficios económicos y políticos.

Posterior a la independencia quienes habían generado dinero incorrectamente con el patrimonio público gozaron de prestigio social, así la concepción general era la de delitos como: el peculado, la adulteración, la falsificación y el engaño era algo que ya se había maximizado en el contexto de esta época. (p.1)

La corrupción en el país, es una herencia que viene desde la Colonia y a partir de allí se ha perpetuado este legado a través de los diferentes tipos; con una trascendencia significativa que se han hecho varios estudios por diferentes entidades que se han preocupado por analizar esta situación, los cuales han arrojado resultados en los últimos años que son preocupantes, por el aumento en las cifras tan altas de corrupción en las entidades públicas según un informe en el cual analizamos en los resultados.

2. Fundamento Teórico

2.1 La corrupción

En la actualidad ha sido abundante el progreso conceptual alrededor de la corrupción, tal como lo manifiesta Villoría (2003) quien afirma:

La corrupción es un abuso de confianza, una utilización fraudulenta del poder otorgado a ciertos actores para que lo usen en bien de quienes se lo otorgan y, sin embargo, ejercido para beneficio privado (...) tiene que ver con el uso de transacciones clandestinas que implican la violación de algún modelo de comportamiento. (p.136)

Desde el contexto colombiano, la Corte Constitucional (2012) la define como: “las principales amenazas contra el Estado social de Derecho, pues se vulneran los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública”. (p.1).

Viéndola a partir desde el ámbito de la administración pública, Burgos (2014) manifiesta: “Es la conducta que se desvía de los deberes normales de un cargo público por considerarse privadas (familia o amistad) pecuniarios o de estatutos; o aquella que viola normas restrictivas de cierto tipo de influencias en beneficio privado”. (p. 19)

La Corte Constitucional (2012), ratifica:

Este fenómeno hace que los recursos públicos se desvíen hacia los patrimonios particulares o del entorno de los funcionarios corruptos, lo cual disminuye la cantidad gastada en fines públicos, especialmente en educación y salud. Por otro lado, se merman las rentas públicas, teniendo en cuenta que el coste irregular del pago de los sobornos constituye una inversión para eludir el pago de costos como los tributos. Adicionalmente, la reducción de la inversión y del gasto público, ocasionada por la corrupción, afecta directamente el desarrollo económico a largo plazo, situación que se evidencia especialmente en los países menos desarrollados, en los cuales genera un diseño de los programas públicos que desemboca en beneficios para grupos de población relativamente bien situados desde el punto de vista económico en detrimento de las personas más necesitadas (p.1).

2.2. Tipos de corrupción

Observamos que en los años la corrupción pública ha tomado varias formas, las cuales han evolucionado, se ha transformado en un monstruo difícil de parar. Tal como manifiesta (Rengifo 2014, p. 22-25).

2.3. Peculado

Según el Código Penal, en el artículo 397, en Colombia el peculado por apropiación se configura cuando los funcionarios públicos se apropian para beneficio propio o de terceros, de bienes del Estado, de empresas privadas que tengan en su poder fondos parafiscales, o de bienes que hayan sido dejados en poder de sus funciones.

2.4. La Concusión

Según el Código Penal en el artículo 404 es la conducta ilícita que comete el servidor público cuando abusa de su cargo, en el momento en que influencia a alguien para dar y

prometer al mismo servidor o a un tercero, utilidades o dinero indebido.

2.4 Cohecho

El Código Penal en el artículo 405 es el dinero u otra utilidad recibida por el servidor público, o que acepte alguna promesa remuneratoria, que pretenda retardar u omitir un acto de su cargo, o por el contrario llevar a cabo uno contrario a sus deberes como servidor público.

2.5. Celebración indebida de contratos

El artículo 408 del Código Penal lo define como aquella actividad llevada a cabo por el servidor público que en virtud de sus funciones medie en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato violando el régimen legal y lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades.

2.6. Tráfico de influencias

Según el artículo 411 del Código Penal se presenta cuando en provecho propio o de terceros el servidor público utilice de manera inadecuada influencias derivadas de su función, con el fin de obtener beneficios de parte del servidor público.

2.7. Del enriquecimiento ilícito

De acuerdo con el artículo 412 del Código Penal el servidor público, o quien este desempeñado funciones públicas o posteriormente durante los cinco años después de su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado.

2.8. Prevaricato

El Código Penal en el artículo 413 define el prevaricato como aquel delito que se comete cuando el funcionario público o juez, por desconocimiento o por total conciencia de sus acciones en beneficio propio o de terceros incurrir en la falta de sus deberes y obligaciones inherentes a su cargo.

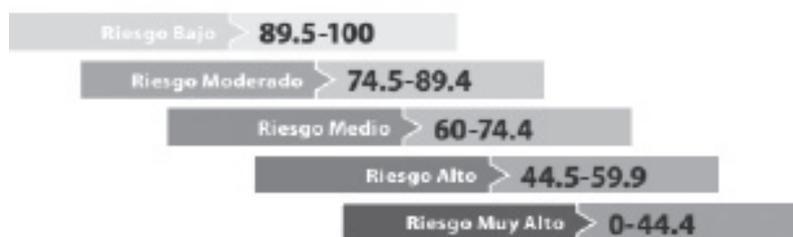
3. Metodología

La metodología utilizada en el escrito es de tipo documental, descriptiva, con énfasis cualitativo y cuantitativo. El método de estudio que se utilizó básicamente fue documental, (Galán, 2011) quien concluye que esta tiene “como principal característica la construcción de conocimiento mediante recopilación adecuada de datos”. (p.1), con los cuales nos permitieron documentarnos y seleccionar la información necesaria para analizar y enfocarnos en las principales causas y consecuencias que genera la corrupción en nuestro país, fue necesario primero conocer realmente como estaba definida y como se da en Colombia, y de esta forma proporcionar la información necesaria para este artículo.

Se revisaron tanto libros como otras investigaciones ya realizadas, además de revistas y artículos, seleccionamos la información más relevante, clara y concisa, y que nos permitiera dar a conocer este flagelo en nuestra cultura.

Con base en los estudios y resultados obtenidos por índice de transparencia nacional y departamental la metodología utilizada para medir el riesgo, se fundamentó en los siguientes factores: La institucionalidad, la visibilidad y el control y la sanción, a continuación relacionamos el ranking.

Tabla 1. Escalafón de Riesgos de corrupción



Fuente: Índice de Transparencia 2013-2014. Página de la Procuraduría General de la Nación.

4. Resultados

A continuación, relacionamos los resultados en cifras de la corrupción en Colombia en los últimos años:

Tabla 2. Entidades Evaluadas en Riesgo de Corrupción 2013-2014

Rama Ejecutiva: Ministerios, Superintendencias, Departamentos Administrativos, Agencias, Institutos, Comisiones, Unidades Administrativas	74
Instituciones de Educación Superior	62
Rama Legislativa: Senado y Cámara de Representantes	2
Rama Judicial: Consejo Superior de la Judicatura, Medicina Legal y Fiscalía General de la Nación	3
Organismos de Control y Ministerio Público	4
Organización Electoral: Registraduría Nacional del Estado Civil	1
Organismo autónomo - Banco Emisor	1
Total	147

Fuente: Índice de Transparencia 2013-2014. Página de la Procuraduría General de la Nación.

Se observa en la tabla 1 las entidades evaluadas en riesgo de corrupción de la rama ejecutiva, rama legislativa, rama judicial, los órganos de control, la organización electoral y el Banco emisor.

Según estudio realizado por la Corporación Transparencia por Colombia, el riesgo más alto de corrupción se encuentra en las entidades de la Rama Legislativa, donde la calificación general del ITN (Índice de transparencia Nacional) es de 34,9 puntos sobre 100. La calificación más alta es para el órgano autónomo

Banco de la República con una calificación de 81,4 sobre 100.

La calificación promedio en las entidades evaluadas es del 67,4 sobre 100, lo que ubica el resultado en la categoría de Riesgo medio. Esto quiere decir que en las instituciones públicas del país el riesgo de que existan acciones y situaciones que favorezcan la corrupción es elevado.

Los órganos autónomos encargados de la vigilancia y control obtuvieron una calificación de 71,9/100, un resultado ubicado en la categoría de riesgo medio. Esta situación pre-

ocupa y prende las alarmas, puesto que esto lleva a concluir que en las propias entidades públicas encargadas de luchar contra esta problemática, existe un riesgo medio de que se presenten acciones que la favorezcan.

Aunque ninguna entidad logra estar en un nivel bajo de riesgo, el 24% de las entidades evaluadas están clasificadas en riesgo moderado, mientras que el 60% están clasificadas en la categoría de riesgo medio. Este resultado es acorde con las cifras que nos indican que, según el estudio realizado por la Corporación Transparencia por Colombia (2015), el riesgo de corrupción del país es medio.

En cuanto al Índice de Transparencia Departamental, la medición de este índice señala

un riesgo alto de corrupción (59,1/100). Las regiones más afectadas por estos riesgos son la Amazonía, Orinoquía y Región Pacífica.

4.1 Ranking Índice de Transparencia Departamental – Gobernaciones

A continuación se muestran los niveles de riesgo que se presentan en las gobernaciones de los departamentos de Colombia.

Se toman en cuenta diferentes factores que sean representativos para la medición, ya con los factores determinados cada gobernación será clasificada, y obtendrán un puntaje de acuerdo a ello, siendo 100 el mejor que pueden obtener, y 0 se considera con muy alto riesgo esta gobernación.

Tabla 3. Nivel de Riesgo de Corrupción en las Gobernaciones 2013 –2014

RANKING	DEPARTAMENTO	CATEGORÍA	VISIBILIDAD	INSTITUCIONALIDAD	CONTROL Y SANCIÓN	ITD	NIVELES DE RIESGO
1	Gobernación de Antioquía	Especial	82,3	72,2	84,5	82,4	Moderado
2	Gobernación de Santander	Primera	86,3	79,7	78,3	81,2	Moderado
3	Gobernación de Caldas	Segunda	73,0	71,2	84,4	75,7	Moderado
4	Gobernación del Meta	Primera	78,1	70,4	77,5	74,8	Moderado
5	Gobernación de Valle del Cauca	Primera	78,8	65,7	81,7	74,4	Medio
6	Gobernación del Tolima	Segunda	71,4	65,4	86,4	73,5	Medio
7	Gobernación de Quindío	Tercera	67,7	72,0	81,3	73,5	Medio
8	Gobernación de Risaralda	Segunda	72,5	62,5	88,9	73,4	Medio
9	Gobernación de Cundinamarca	Especial	75,0	58,8	86,6	72,0	Medio
10	Gobernación de Boyacá	Primera	65,6	62,1	81,8	71,1	Medio
11	Gobernación de Norte de Santander	Segunda	61,0	71,9	74,9	69,5	Medio
12	Gobernación del Huila	Segunda	83,1	43,4	77,4	65,5	Medio
13	Gobernación de Casanare	Tercera	66,7	56,3	74,6	64,9	Medio
14	Gobernación de Nariño	Cuarta	55,8	71,7	62,0	64,0	Medio
15	Gobernación de Córdoba	Segunda	67,9	50,0	69,0	61,1	Medio
16	Gobernación de Cauca	Tercera	63,4	54,3	67,1	60,9	Medio
17	Gobernación de Bolívar	Primera	63,0	46,7	70,2	58,6	Alto
18	Gobernación de Cesar	Tercera	53,9	56,5	63,5	57,8	Alto
19	Gobernación de Atlántico	Primera	70,2	49,5	54,7	57,3	Alto
20	Gobernación del Vichada	Cuarta	41,8	61,8	62,9	56,1	Alto
21	Gobernación de Guaviare	Cuarta	42,2	46,1	78,9	54,8	Alto
22	Gobernación del Magdalena	Tercera	46,9	54,8	57,4	53,2	Alto
23	Gobernación de Arauca	Cuarta	58,5	48,0	48,3	51,2	Alto
24	Gobernación de San Andrés	Tercera	54,8	54,8	39,5	50,2	Alto
25	Gobernación de Sucre	Tercera	32,5	46,9	65,5	49,7	Alto
26	Gobernación de Amazonas	Cuarta	45,3	48,0	50,6	48,0	Alto
27	Gobernación de Putumayo	Cuarta	52,3	30,3	44,6	42,7	Muy alto
28	Gobernación de Guajira	Cuarta	69,8	23,1	32,0	39,8	Muy alto
29	Gobernación de Caquetá	Cuarta	44,4	31,4	37,1	37,0	Muy alto
30	Gobernación de Guainía	Cuarta	24,0	32,6	46,5	34,2	Muy alto
31	Gobernación de Vaupés	Cuarta	30,0	36,2	29,6	32,4	Muy alto
32	Gobernación de Chocó	Cuarta	43,4	19,2	34,3	31,0	Muy alto

Fuente: Índice de Transparencia Departamental 2013-2014. Página de la Procuraduría General de la Nación.

Según el escalafón de corrupción del índice de transparencia departamental-gobernaciones, los departamentos que tienen un riesgo muy alto en Colombia son gobernación de Putumayo, Guajira, Vaupés, Guainía, Choco y Caquetá. Siendo estas las regiones con menos desarrollo e inversión social en Colombia, los que presentaron mejores calificaciones fueron Meta, Santander y Antioquia, siendo esta la gobernación menos corrupta del país.

Como resultados arrojados por Índice de Transparencia Departamental (ITD) se establece que:

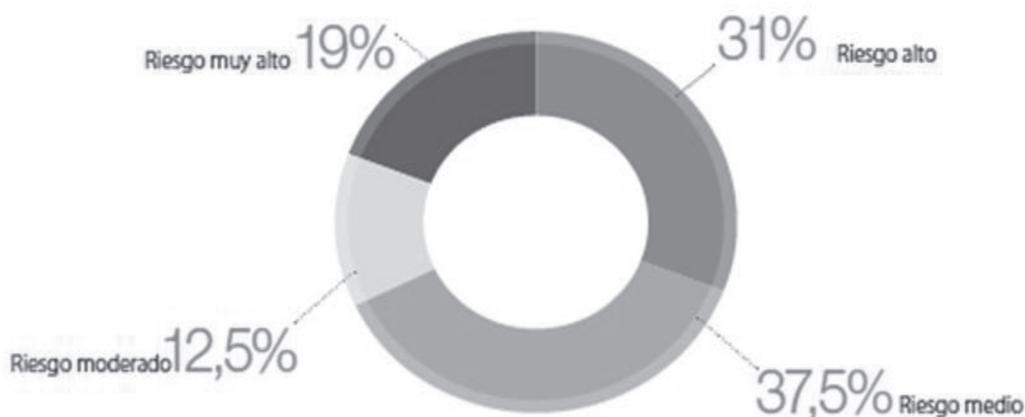
Como se ha venido afirmando en las diferentes evaluaciones del ITD, las entidades territoriales de categoría 3 y 4 son las más afectadas por estos riesgos y la mayor parte de ellos se localizan en las regiones de Amazonía, Orinoquía y Pacífica. Las asimetrías institucionales y territoriales hablan por sí solas: mientras la Gobernación de Antioquia obtiene una calificación de 82,4/100 puntos, la del Chocó apenas lo-

gra 31,0/100 puntos. Estas calificaciones, que reflejan los extremos de la evaluación, también representan los extremos de las inequidades sociales y de la calidad de la presencia del Estado en el territorio. Es, sin duda, una alerta máxima para un país diverso, extenso y con serias alertas para la integridad y la transparencia (P. 15)

La medición 2013 - 2014 del ITD señala un deficiente promedio de 59,1/100 puntos, calificación que marca un riesgo alto de corrupción como consecuencia de varios factores, entre ellos los débiles diseños institucionales para producir y entregar información pública, la deficiente información disponible sobre trámites y una pobre gestión del talento humano. (P. 15).

De acuerdo con los resultados analizados en la tabla anterior sobre el riesgo de corrupción en las gobernaciones, presentamos el grado corrupción como resultados generales encontramos.

Grafico 1. Porcentaje de Gobernaciones por Niveles de Riesgo de Corrupción



Fuente: Índice de Transparencia Departamental 2013-2014. Página de la Procuraduría General de la Nación.

Vemos que tan solo un 12% está en riesgo moderado, esto es preocupante para el país, siendo el 87,5% en riesgo medio, alto y muy alto, es un porcentaje alarmador, esto nos quiere decir que mucho más del 80% de las regiones del país no son eficientes sus gobernaciones, y presentan malos manejos. Por lo tanto esto genera consecuencias en el desarrollo social de cada uno de estos departamentos.

Transparencia por Colombia, (2010) afirma que:

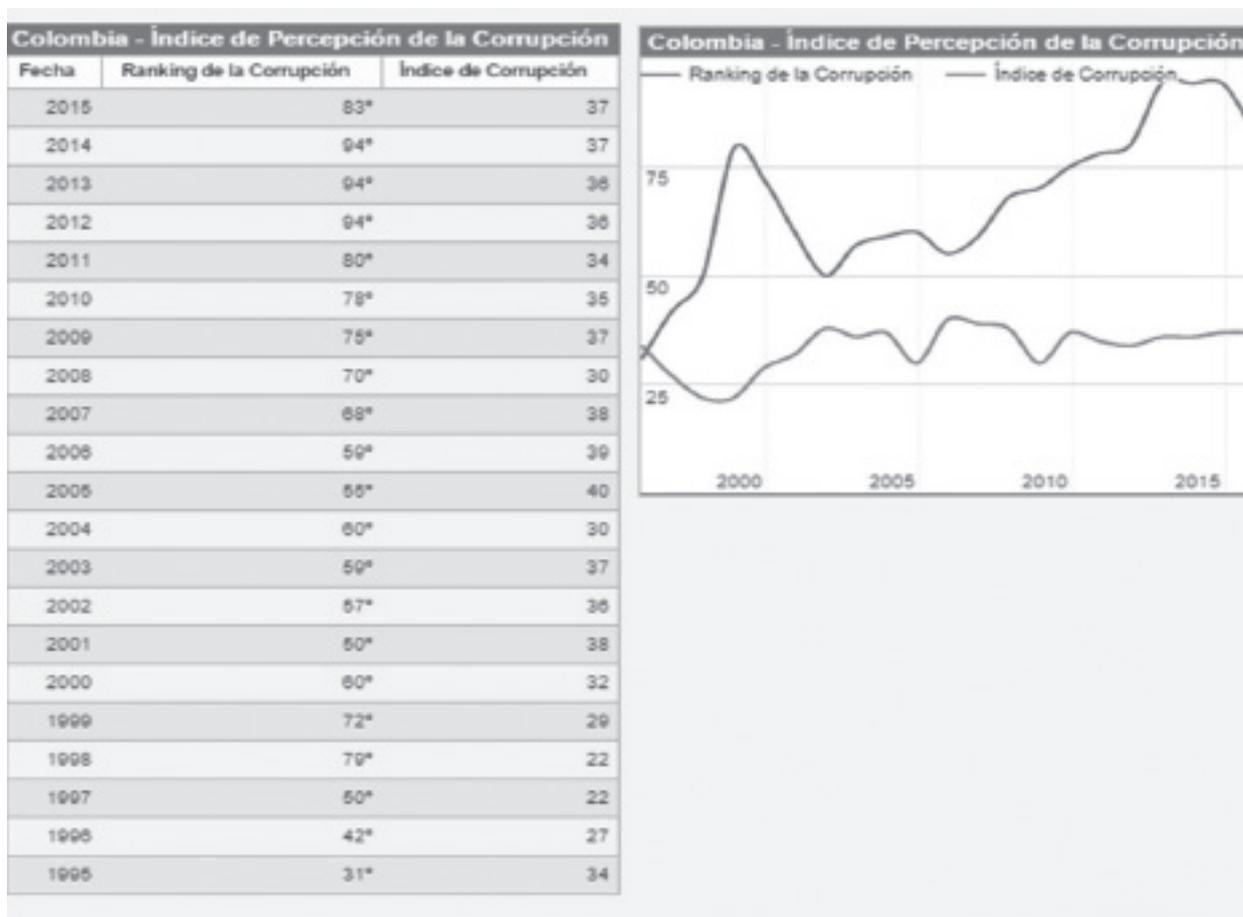
Si bien no existe una fórmula exacta para cuantificar el costo de la corrupción en Colombia, se estima que la corrupción le cuesta al Estado \$9 billones anuales; es decir, alrededor de 1,6% del PIB. (p.4).

Se afirma que Colombia es el país con mayor fraude empresarial en América Latina; tras entrevistar a 2.700 ejecutivos, incluidos colombianos, el 40% de ellos considera que el soborno y la corrupción son comunes en el sector empresarial. (p.6)

Transparencia Internacional (2015), en su índice de percepción de seguridad afirmó:

La Puntuación del IPC correspondiente a un país que indica el grado de corrupción en el sector público según la percepción de empresarios y analistas de país, entre 100 (percepción de ausencia de corrupción) y 0 (percepción de muy corrupto). Colombia ocupó el puesto 83 con una puntuación de 37 puntos de IPC en el 2015. (p. 1-2)

Grafica 2. Índice de Percepción de la Corrupción en Colombia



Fuente. Transparency International (2015)

En la gráfica se muestra el índice de transparencia de las entidades públicas, siendo las territoriales de categoría 3 y 4 son las más afectadas por estos riesgos, y la mayor parte de ellos se localizan en las regiones de Amazo-

nía, Orinoquía; el 59.1% es el promedio de la medición 2013- 2014 del ITD, calificación que marca un riesgo alto de corrupción. (p.10).

4.2 Instituciones de educación superior

Tabla 4. Ranking universidades Instituciones de educación superior Resultados 2013-2014

RANKING	ENTIDAD	ITD	NIVEL DE RIESGO CORUPCIÓN	REPUTACIÓN	INSTITUCIONALIDAD	CONTROL FINANCIERO
1	Universidad de Antioquia	74,2	MEJOR	81,2	70,6	72,4
2	Universidad Militar Nueva Granada	74,2	MEJOR	81,5	69,5	71,8
3	Universidad del Quindío	73,2	MEJOR	71,5	71,6	76,7
4	Universidad de Caldas	73,1	MEJOR	81,9	65,1	74,9
5	Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca	66,9	MEJOR	70,5	61,8	62,8
6	Universidad Tecnológica de Pereira - UTP	66,7	MEJOR	81,4	52,7	70,7
7	Universidad del Valle	66,2	MEJOR	80,5	58,0	62,9
8	Universidad Pedagógica Nacional	66,0	MEJOR	81,7	50,1	69,5
9	Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD	65,1	MEJOR	67,5	58,7	71,2
10	Universidad de la Guajira	62,9	MEJOR	65,3	64,5	58,2
11	Universidad Industrial de Santander	62,6	MEJOR	70,5	46,1	67,8
12	Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia	62,4	MEJOR	67,9	59,1	61,2
13	Universidad Nacional de Colombia	61,3	MEJOR	67,8	59,1	59,1
14	Universidad de Cundinamarca - UDEC	61,2	MEJOR	62,1	54,0	69,9
15	Universidad San Colombiana	61,1	MEJOR	75,3	45,9	66,8
16	Universidad de Cartagena	60,9	MEJOR	61,3	54,7	68,8
17	Universidad Francisco de Paula Santander (Cúcuta)	60,7	MEJOR	62,5	50,7	72,1
18	Universidad Tecnológica del Occidente Las Cometas	60,3	MEJOR	75,9	51,5	53,8
19	Universidad Popular del Cesar	60,2	MEJOR	71,1	56,1	53,8
20	Universidad de Sucre	59,7	ALTO	59,1	54,9	66,8
21	Universidad del Pacifico	58,7	ALTO	53,8	61,4	54,8
21	Universidad Francisco de Paula Santander (Cúcuta)	57,9	ALTO	64,1	47,1	66,1
23	Universidad de Nariño	57,6	ALTO	55,1	50,6	68,4
24	Universidad del Tolima	55,6	ALTO	70,1	45,6	57,8
25	Universidad del Cauca	55,5	ALTO	64,8	48,8	57,3
26	Universidad de Pamplona	54,5	ALTO	60,1	38,9	60,5
27	Universidad del Magdalena	54,1	ALTO	60,9	40,8	56,5
28	Universidad del Atlántico	53,9	ALTO	67,9	46,1	50,3
28	Universidad de La Amazonia	53,4	ALTO	54,7	48,8	58,3
30	Universidad Cristóbal Francisco José de Cádiz (Bogotá)	53,2	ALTO	70,1	39,6	44,6
31	Universidad de Los Llanos	48,4	ALTO	54,1	39,1	55,1
32	Universidad de Córdoba	48,3	ALTO	47,5	48,8	48,5

Fuente: Índice de Transparencia Nacional 2013-2014. Página de la Procuraduría General de la Nación.

Tabla 5. Ranking Institutos Técnicos y Tecnológicos

RANKING	ENTIDAD	ITN	NIVEL DE RIESGO CORRUPCIÓN	VISIBILIDAD	INSTITUCIONALIDAD	CONTROL Y SANCIÓN
1	Escuela Nacional del Deporte	70,9	MEDIO	78,9	67,0	68,2
2	Instituto Tecnológico Metropolitano	69,4	MEDIO	79,3	65,4	64,8
3	Escuela Superior de Administración Pública - ESAP	63,2	MEDIO	59,1	65,6	64,2
4	Instituto Tecnológico de Soledad, Atlántico	62,0	MEDIO	61,5	62,9	61,2
5	Unidad Central del Valle del Cauca	61,3	MEDIO	71,9	55,8	58,0
6	Colegio Mayor del Cauca	61,2	MEDIO	64,1	62,1	57,1
7	Tecnológico de Antioquia	59,2	ALTO	57,3	54,9	67,0
8	Instituto Universitario de La Paz	59,1	ALTO	68,1	58,4	50,9
9	Unidades Tecnológicas de Santander	56,7	ALTO	67,4	40,8	67,2
10	Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid	55,8	ALTO	68,1	40,0	64,3
11	Institución Universitaria Bellas Artes y Ciencias de Bolívar	54,2	ALTO	47,4	50,7	65,7
12	Colegio Mayor de Antioquia	54,0	ALTO	56,8	37,5	73,1
13	Colegio Integrado Nacional Oriente de Caldas	53,5	ALTO	51,2	52,3	57,4
14	Instituto Tolimense de Formación Técnica Profesional	53,5	ALTO	59,9	53,8	46,7
15	Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional de San Juan del Cesar	53,5	ALTO	61,0	44,4	58,0
16	Colegio Mayor de Bolívar	53,1	ALTO	52,6	43,8	66,0
17	Instituto de Educación Técnica Profesional de Roldanillo	52,8	ALTO	62,0	42,9	56,8
18	Instituto Tecnológico Pascual Bravo	51,8	ALTO	65,0	43,5	49,5
19	Escuela Superior Tecnológica de Artes Débora Arango	51,7	ALTO	45,4	50,5	59,4
20	Instituto Departamental de Bellas Artes	51,6	ALTO	56,2	39,5	63,1
21	Institución Universitaria de Envigado	50,0	ALTO	60,8	38,0	55,2
22	Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional - Humberto Velásquez García	50,0	ALTO	48,3	48,0	54,4
23	Institución Universitaria Antonio José Camacho - UNIAJC	47,8	ALTO	56,6	37,3	52,9
24	Instituto Técnico Nacional de Comercio Simón Rodríguez	45,7	ALTO	35,6	40,1	51,3
25	Instituto Superior de Educación Rural - ISER	45,2	ALTO	55,1	37,9	45,0
26	Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central	44,7	ALTO	57,0	41,0	37,2
27	Instituto Técnico Agrícola - ITA	34,6	MUY ALTO	36,5	26,3	43,6
28	Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional de San Andrés	30,5	MUY ALTO	30,5	26,1	36,5
29	Instituto Tecnológico del Putumayo	29,7	MUY ALTO	13,8	36,0	37,3

Fuente: Índice de Transparencia Nacional 2013-2014. Página de la Procuraduría General de la Nación.

Al respecto se ha dicho que:

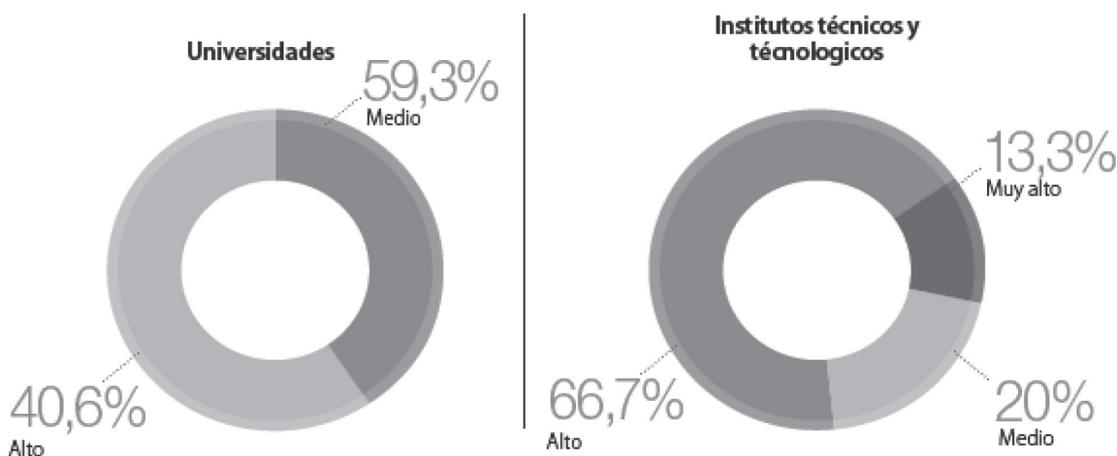
La Corporación Transparencia por Colombia y el Ministerio de Educación Nacional aunaron esfuerzos con el propósito de realizar una evaluación particular del Índice de Transparencia Nacional (ITN) para instituciones de educación superior (IES). Aunque las universidades públicas del orden nacional habían sido evaluadas en las últimas seis versiones del ITN, esta es la primera vez que se adelanta una mirada a profundidad de las características y naturaleza propia de ellas. Por ese motivo se incluyeron unidades de medición específicas para evaluar los procedimientos administrativos y educativos de las IES. (transparencia, 2013, pág. 38)

Afirma ITN que para este estudio se evaluaron 62 instituciones de educación superior (IES): 16 universidades públicas del orden nacional, 16 del orden departamental y 30 institutos técnicos y tecnológicos.

De las 62 instituciones evaluadas ninguna está clasificada en riesgo bajo o moderado de corrupción. Los resultados generales se concentran en el nivel medio y alto de riesgo de corrupción, con 25 y 33 entidades respectivamente. Cuatro IES están rezagadas en un nivel muy alto: el Conservatorio del Tolima, el Instituto Tecnológico del Putumayo, el Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional de San Andrés y el Instituto Técnico Agrícola. Las universidades obtienen un promedio general de 60,8 puntos, lo que las ubica en un nivel de riesgo medio, mientras que los institutos técnicos y tecnológicos se clasifican en un riesgo alto, con 51,6 puntos. (transparencia, 2013, págs. 40-41)

Se encuentra que en las universidades hay fragilidad en los diseños institucionales, la mayor alerta para las IES se evidencia en la falta de espacios de rendición de cuentas a la comunidad universitaria y a la ciudadanía.

Grafico 3. Porcentaje por nivel de riesgo de corrupción



Fuente: Índice de Transparencia Nacional 2013-2014. Página de la Procuraduría General de la Nación.

Frente al sector de educación superior se ha dicho:

Las universidades se identifican mayores capacidades institucionales que en los institutos, entidades que el ITN evalúa por primera vez. Las 32 universidades obtienen un promedio general de 60,8

puntos. Las 16 universidades nacionales, con 61,3 puntos, sobresalen por menos de un punto frente a las departamentales (60,4 puntos), mientras que en los institutos técnicos y tecnológicos evaluados se destaca más el comportamiento de las IES del orden territorial (52,4 puntos) que los

del nacional (48,5 puntos). En ese mismo orden de ideas, del total de IES evaluadas, la tendencia de los institutos se centra en el nivel alto de riesgo de corrupción mientras la de las universidades se concentra en el nivel medio. (transparencia, 2013, pág. 41)

Según ITN “De las 62 instituciones evaluadas ninguna está clasificada en riesgo bajo o moderado de corrupción. Los resultados generales se concentran en el nivel medio y alto de riesgo de corrupción, con 25 y 33 entidades respectivamente”

En líneas generales resulta importante resaltar que el factor que menor desempeño obtuvo, independientemente del tipo de entidad, fue Institucionalidad, lo cual evidencia un deficiente acatamiento de las normas que rigen la gestión y del cumplimiento de los procesos y procedimientos que se han propuesto para fortalecer su institucionalidad y reducir los riesgos de corrupción.

En ese orden de ideas, se destaca que cuatro de los cinco mejores puestos en el ranking

los obtuvieron universidades, mientras que en los cinco peores puestos se posicionaron únicamente instituciones técnicas y tecnológicas. (p.41)

4.3 Ranking contralorías departamentales

“Los órganos de control territorial, encargados del control fiscal en los departamentos, obtienen una calificación promedio de 55,5/100 puntos, casi tres puntos por debajo del promedio de calificación que logran las gobernaciones” (transparencia, 2013, pág. 31)

Esto quiere decir que estas instituciones son poco confiables y débiles en cuanto a la vigilancia de los entes territoriales, con este puntaje las contralorías se encuentran en riesgo alto de corrupción en su gestión administración, esto es doble alerta pues está en duda la gestión institucional y misional de las contralorías.

Tabla 7. Ranking Índice de Transparencia Departamental – Contralorías

RANKING	DEPARTAMENTO	RIESGO	VERBIUM	INSTITUCIONALIDAD	CONTROL SANCIÓN	IT	NIVE DE RIESGO
1	Contraloría del Huila	Segunda	80,2	68,7	80,5	78,7	Moderado
2	Contraloría del Meta	Primera	73,2	72,0	81,9	75,3	Moderado
3	Contraloría del Guaviare	Cuarta	67,2	71,5	77,2	71,9	Medio
4	Contraloría de Antioquia	Especial	57,3	70,8	80,1	71,6	Medio
5	Contraloría de Caldas	Segunda	57,8	74,2	80,8	71,6	Medio
6	Contraloría del Cauca	Tercera	81,2	62,1	77,7	71,8	Medio
7	Contraloría del Valle del Cauca	Primera	67,3	62,7	66,6	65,2	Medio
8	Contraloría de Norte de Santander	Segunda	60,2	81,5	73,8	64,6	Medio
9	Contraloría de Córdoba	Segunda	48,8	70,6	77,7	68,8	Medio
10	Contraloría del Tolima	Segunda	75,5	48,7	68,8	62,8	Medio
11	Contraloría de Risaralda	Segunda	65,3	48,0	76,8	62,2	Medio
12	Contraloría de Nariño	Cuarta	57,2	62,7	70,9	62,8	Medio
13	Contraloría del Quindío	Tercera	46,2	64,7	77,5	61,8	Medio
14	Contraloría de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	Tercera	58,8	58,5	66,5	61,2	Medio
15	Contraloría de Santander	Primera	60,6	58,4	60,8	59,8	Alto

Tabla 7. Ranking Índice de Transparencia Departamental – Contralorías (continuación)

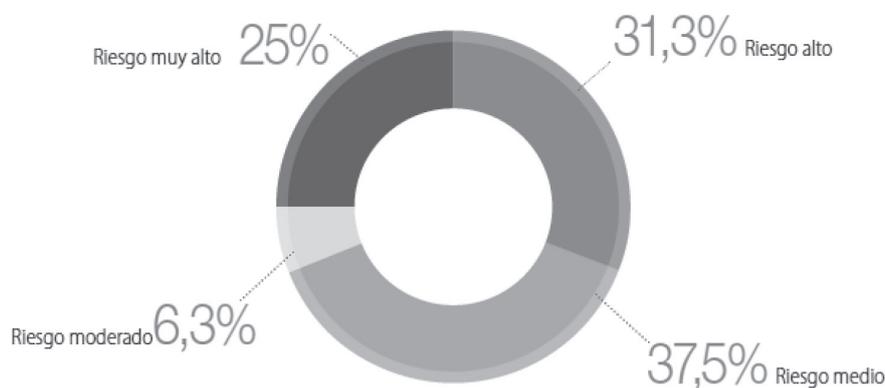
16	Contraloría de Atlántico	Primera	48,9	59,9	70,0	59,6	Alto
17	Contraloría de Casanare	Tercera	37,7	60,1	73,4	58,6	Alto
18	Contraloría de Boyacá	Primera	43,0	52,1	76,5	58,5	Alto
19	Contraloría de Caqueta	Cuarta	36,5	60,9	68,6	57,9	Alto
20	Contraloría de Cundinamarca	Especial	53,4	50,1	62,1	57,2	Alto
21	Contraloría de Putumayo	Cuarta	38,5	59,6	61,2	53,6	Alto
22	Contraloría de la Guajira	Cuarta	38,3	61,7	54,5	52,2	Alto
23	Contraloría de Bolívar	Primera	45,6	58,0	48,4	52,1	Alto
24	Contraloría de Arauca	Cuarta	46,5	55,1	30,5	46,7	Alto
25	Contraloría del Cesar	Tercera	41,7	40,0	48,6	43,5	Muy alto
26	Contraloría de Sucre	Tercera	75,8	50,4	51,0	43,0	Muy alto
27	Contraloría del Magdalena	Tercera	21,1	49,8	46,4	41,8	Muy alto
28	Contraloría de Michuá	Cuarta	34,2	40,8	20,4	35,2	Muy alto
29	Contraloría de Guaviare	Cuarta	36,9	38,1	26,8	31,4	Muy alto
30	Contraloría del Chocó	Cuarta	21,2	35,6	20,0	29,5	Muy alto
31	Contraloría del Vaupés	Cuarta	10,1	40,3	31,0	28,4	Muy alto
32	Contraloría de Amazonas	Cuarta	11,8	21,5	11,7	22,0	Muy alto

Fuente: Índice de Transparencia Departamental 2013-2014. Página de la Procuraduría General de la Nación.

Se puede observar que solo las contralorías de Meta y Huila presentan un riesgo moderado de corrupción con un nivel de índice de transparencia por Colombia (ITC) del 78,7 y 75,3. Antioquia presenta un nivel de riesgo medio del 71,6.

A continuación presentamos un gráfico donde relacionamos el tipo de riesgo de las contralorías con base en la clasificación que realiza el Índice de Transparencia departamental contralorías.

Gráfico 4. Niveles de riesgo



Fuente: Índice de Transparencia Departamental 2013-2014. Página de la Procuraduría General de la Nación.

Con base en el gráfico anterior se observa que el 31,3% de las entidades evaluadas presentan riesgo alto, el 25% riesgo muy alto y por último en riesgo medio tan solo el 37,5% y en riesgo moderado el 6,3% de los organismos de control según índice de transparencia departamental

Se puede decir que las contralorías no están desempeñando su papel, tienen malos manejos en los presupuestos y por lo tanto no hay quien pueda vigilar y auditar la gestión y asignación de los recursos a las gobernaciones, por lo tanto está en riesgo la inversión y desarrollo social en esos departamentos.

Según índice de transparencia departamental (ITD) dan como conclusiones que La información de la gestión presupuestal y financiera no se está publicando. 15 de las 32 entidades no publican el presupuesto en ejercicio, otras 23 entidades no divulgan el histórico del presupuesto y 27 entidades no publican la ejecución del presupuesto. 27 entidades no publican el Manual de Contratación; 9 no publican el Plan de Adquisiciones y solo 19 entidades logran consistencia en la publicidad de la contratación directa. En conclusión, 13 de las 32 contralorías no publicaron ninguna clase de información de la gestión financiera. Tan sólo Caldas cumplió con todos los parámetros de la publicación de información sobre contratación pública y 16 de las 32 entidades obtuvieron menos de 51 puntos en este sub indicador. (P.38)

Si el órgano que debería controlar a las gobernaciones no hace nada y es corrupto no se puede pedir que las gobernaciones cumplan su labor.

5. Discusión

A través de su conceptualización, tipos y antecedentes hemos mostrado como la corrupción se ha vuelto una problemática mayor no solo en el país, sino también en el ámbito internacional, la cual se ha estudiado desde sus

orígenes y los diferentes autores concuerdan en que es una problemática difícil de tratar, ya que acarrea cuestiones éticas y morales personales de quien las ejecuta, que a pesar de los diferentes mecanismos y entidades que se han creado es precaria su ofensiva contra ella no solo porque hay diferentes factores que ayudan a determinarla, en el caso de nuestro país y a partir de lo público se da por la debilidad de las instituciones, porque no se denuncia y se acepta sin más, falta de educación y de información sobre el papel que como ciudadanos jugamos en la administración de los bienes públicos.

A partir de lo público en nuestro país se encuentra que sus consecuencias permean varios ámbitos de la vida de las personas, lo cual, es significativamente mayor para quienes menos tiene, así lo asevera Machado (2006).

Los efectos de la corrupción se pueden observar desde varios ámbitos, desde el social violenta los derechos humanos produce desinterés en los programas sociales; desde lo político menoscaba la legitimidad y la confianza del Estado; desde lo jurídico genera leyes que solo benefician a unos pocos o que no tienen los mecanismos para su exigibilidad; desde lo económico afecta el desarrollo y crecimiento económico, afecta la inversión pública, deteriora los presupuestos públicos, y desde lo cultural genera tolerancia y deteriora los valores éticos. (p. 13-14).

Además, en Colombia es una problemática que concuerdan los expertos no será fácil de acabar, ya que según Transparencia por Colombia (2015) el “83% de las personas encuestadas en 2015, consideran que la corrupción está empeorando”.

Conclusiones

Como resultado de la investigación entendemos que la corrupción es la utilización fraudulenta del poder, la apropiación indebida de recursos públicos en busca de un beneficio pri-

vado y que trae consigo serias amenazas para el Estado Social de Derecho puesto que afecta la democracia, la economía, los derechos humanos y los principios constitucionales de la función pública.

La corrupción pública es una realidad, como ya se ha mencionado es un flagelo que como país ha lo ha afectado hace mucho; y a pesar de las diferentes entidades y mecanismos existentes para su denuncia y castigo, estos no sirven de nada sino se genera una cultura con base en una educación con valores y que se debe seguir persistiendo en su lucha para hacer de las entidades públicas cumplidoras de su deber y llegar a un crecimiento juntos como nación, siendo un país equitativo y que resalte por sus buenas acciones.

La corrupción ha producido varios efectos entre ellos los derechos humanos puesto que los recursos que deberían de destinarse para inversión social que es el principal fin de los recursos públicos, se van a otros intereses y patrimonios personales de quien comete actos deshonestos. Cuando un país es corrupto pierden legitimidad sus instituciones y la confianza en sus dirigentes políticos es insuficiente.

Según cifras oficiales de algunas instituciones privadas y públicas que estudian el fenómeno de la corrupción, el efecto de este flagelo desde el punto de vista económico tiene mayor efecto en los países menos desarrollados, puesto que tiene un impacto directo en la inversión público social.

Preocupa que la corrupción presenta un trasfondo ético y moral, una de las salidas para terminar con este problema es fomentar una cultura con base en la educación en principios y valores éticos. El camino más fácil para acabar con la corrupción, no tiene que ver con penas privativas de la libertad, ni con multas, tiene que ver con la integridad del ser humano, con que se infunda una moral y valores que trascienda las herencias culturales; principalmente con la ética, así como lo manifiesta Contreras (2016):

La ética como parte de la filosofía encargada del estudio de los fenómenos morales, busca dar explicación a la dimensión moral de los seres humanos desde una perspectiva racional, como una especie de autoconocimiento de los seres humanos, que puede servir luego como orientación del actuar cotidiano (como norma práctica) para garantizar una convivencia individualmente feliz y socialmente justa (p.57).

Al hacer el análisis de la corrupción en Colombia podemos concluir que con base en resultado y análisis de índice de transparencia existe en las entidades del orden central departamental un alto riesgo de corrupción. Así mismo preocupa aún más las instituciones de educación superior donde algunas entidades presentan un alto riesgo de corrupción poniendo en peligro la óptima utilización de estos recursos en el bienestar de la educación de las clases más desfavorecidas.

Como también es preocupante el alto riesgo de la corrupción en las entidades de control poniendo en duda la pérdida de los recursos para el mejoramiento de la inversión social en el bienestar de los ciudadanos.

Referencias

- Burgos, B. L. (2014). Universidad del Rosario. Recuperado el 25 de 09 de 2016, de <http://repository.urosario.edu.co>: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8858/73189143-2014.pdf?sequence=1>
- Contreras Márquez, A. M. (2016). La Necesidad de una Fundamentación Ética en la Contabilidad. *Revista Science Of Human Action*, 1(1).
- Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia C-944 del 14 de noviembre de 2012. Relatoría. Recuperado el 22 de 09 de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co>: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

- corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-944-12.html
- Galán., A., M. (2011). Metodología de la investigación. Institución tecnológica FI-TEC. Obtenido de http://manuelgalan.blogspot.com.co/2011/09/la-investigacion-documental_1557.html
- Machado., H., M., A. (2006). Construyendo Ciudadanía Forjamos Un País Sin Corrupción. Primera edición. Impresiones y Servicios Gráficos Rufino Torrico 462 -5 Lima. <http://www.cerjusc.org.pe/adjuntos/notas/prensa20150824124323.pdf>
- Martínez., C., E. (2013). Revista ciudad pazando. Recuperado el 05 de 10 de 2016, de <http://revistaciudadpazando.udistrital.edu.co/>: <http://revistaciudadpazando.udistrital.edu.co/index.php/42-articulos-revista-5/178-revista-5-articulo-4-vol-3-num-1>
- Procuraduría General De La Nación. (2015). Corporación Transparencia por Colombia. Observatorio de Integridad, Índice de Transparencia Departamental Gobernaciones y Contralorías Resultados 2013-2014. Capturado de: [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/%C3%8Dndice%20de%20Transparencia%20Departamental%20\(ITD\)%202013%20-%202014.pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/%C3%8Dndice%20de%20Transparencia%20Departamental%20(ITD)%202013%20-%202014.pdf)
- Procuraduría General de la Nación. (2015) Corporación Transparencia por Colombia. Observatorio de Integridad, Índice de Transparencia Nacional Resultados 2013-2014 [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/%C3%8Dndice%20de%20Transparencia%20Nacional%20\(ITN\)%202013-%202014.pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/%C3%8Dndice%20de%20Transparencia%20Nacional%20(ITN)%202013-%202014.pdf)
- Rengifo V., N. (2014). Riesgo de Corrupción y finanzas públicas: Análisis del municipio de chía Cundinamarca dentro del contexto del proyecto “desarrollo humano y nueva ruralidad. Perspectivas disciplinares y transdisciplinares del proyecto región capital”. Universidad de la Salle. Recuperado el 05 de 10 de 2016, de <http://www.lasalle.edu.co>: <http://repository.lasalle.edu.co/bitstream/handle/10185/3608/T11.14%20R412r.pdf?sequence=3>
- Ruiz, J. (2013). Efectos Económicos de la Corrupción en la Contratación Estatal en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de www.umng.edu.co: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/10905/1/tesiss%20para%20cd.pdf>
- Transparencia por Colombia. (2015). Índice de Percepción de Corrupción. Obtenido de <http://transparenciacolombia.org.co/>
- Transparency internacional. (2015). Índice de Percepción de Corrupción (IPC). Recuperado <https://www.transparency.org/>
- Villoría., M., M. (2003). Corrupción un concepto complejo. En P. Eigen, Las Redes de la Corrupción (págs. 135-136). Barcelona: Planeta S.A.

Factor determinante para la vinculación de empresas de procedimientos estéticos a clústeres de salud en la ciudad de Medellín*

*Andrés Camilo Castañeda Bustamante***

*Leydy Johana Rodríguez González****

*Yesica Alejandra Soto Barco*****

*Laura Cristina Vergara Calderón******

Asesor: Olga Lucía Flórez Barreiro

Resumen

Con esta investigación se buscó obtener mayor información sobre las empresas dedicadas a la realización de procedimientos estéticos y el factor de mayor incidencia que se tiene en cuenta para la vinculación a un clúster de salud en la ciudad de Medellín; para lograr este objetivo se aplicó un estudio explicativo logrando obtener los factores que dan claridad al fenómeno de los clústeres por medio de encuestas realizadas a las empresas que hacen parte de este sector.

Los resultados mostraron la calidad como el factor más relevante de vinculación a un clúster de salud, debido a la superioridad y excelencia en el servicio que los caracteriza; también se evidenció que las expectativas en cuanto a beneficios como la mayor demanda de servicios, la satisfacción total de los consumidores y los mismos participantes y las alianzas estratégicas alcanzadas con otras organizaciones son un factor importante.

** Tecnólogo en gestión administrativa. Estudiante de la Corporación Universitaria de Sabaneta Andres.castaneda@unisabaneta.edu.co

*** Tecnólogo en gestión administrativa. Estudiante de la Corporación Universitaria de Sabaneta Andres.castaneda@unisabaneta.edu.co

**** Tecnólogo en gestión administrativa. Estudiante de la Corporación Universitaria de Sabaneta Andres.castaneda@unisabaneta.edu.co

*****Tecnólogo en gestión administrativa. Estudiante de la Corporación Universitaria de Sabaneta Andres.castaneda@unisabaneta.edu.co

La investigación de igual forma arrojó algunos hallazgos con respecto al por qué las empresas de procedimientos estéticos no se vinculan a un clúster de salud, demostrando que es debido a que creen que no existe la necesidad y además desconocen los beneficios que tienen, evidenciándose también en el tamaño actual del 83% de los clústeres del sector salud – estética, siendo conformados solo por 2 a 5 empresas.

Palabras Clave: Cirugía estética; Clúster; Clúster de salud.

Determining factor for the linking of companies of aesthetic procedures to health clusters in the city of Medellín.

Abstract

This research aimed at obtaining more information about cosmetic procedures companies and the greatest factor of incidence for them to take the decision of joining a cosmetic procedures cluster in the city of Medellín; In order to achieve this objective, an explanatory study was implemented, obtaining the factors that explained the phenomenon of clusters through surveys carried out with the companies that are part of this business sector.

The results evidenced that quality was the most relevant factor for association with a health cluster, given the superiority and excellence in the service that characterizes them; there has also been evidence that expectations regarding benefits such as increased demand for services, total satisfaction of consumers and participants themselves, and strategic alliances with other organizations are an important factor.

The research likewise yielded some findings as to why aesthetic procedures companies do not participate in a health cluster, and this might be because they believe that there is no need to, and because most of the time the benefits are unknown. These results are most supported when we find out that more than 83 % of the health-cosmetic sector clusters consist of only 2 to 5 companies.

Keywords: cosmetic surgery, cluster, health cluster

Introducción

En Colombia durante la última década, se ha evidenciado un crecimiento precipitado de la industria estética al registrarse un incremento en el año 2015 del número de pacientes atendidos, llegando a una cifra de 357.115 y ubicando al país como uno de los ocho más importantes a nivel mundial en cuanto a la realización de este tipo de procedimientos (El Tiempo, 2015). Esto debido principalmente a los bajos precios que presenta el servicio tanto para locales como para extranjeros, además de la calidad en el mismo y el plan turístico incluido dentro de los procedimientos, que no es más que los clústeres conformados por las empresas de salud ofreciendo todas las opciones que se encuentran dentro de sus paquetes.

Es importante resaltar que un clúster, hace relación a “un grupo de compañías y asociaciones interconectadas, las cuales están geográficamente cerca y se desempeñan en un sector de industria similar, además de estar unidas por una serie de características comunes y complementarias”. (Porter, M., 1999, pág. 3). Los clústeres permiten desarrollar fortalezas y aprovechar oportunidades para las empresas y ejecutar estrategias que incentiven una mayor demanda y el alcance de ventajas competitivas dentro de las mismas (Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, 2014).

La ciudad de Medellín no ha sido ajena a la conformación de dichos clústeres en esta industria, facilitando a las empresas incursionar y crecer en el mercado de los procedimientos estéticos, incluyendo valores agregados en el servicio, los cuales van desde el traslado de su país o ciudad de residencia hasta los cuidados posoperatorios, no obstante, a pesar de los beneficios que se presentan, aún son pocas las empresas vinculadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se propuso una investigación con el fin de determinar cuáles son los limitantes para que tan pocas empresas se vinculen a los clústeres de estética y de las pocas que se encuentran vinculadas,

determinar cuáles son los factores que incidieron para su vinculación dentro de la ciudad de Medellín.

1. Bases Conceptuales

1.1. Clúster

Un clúster, según Porter, M. (1999) es una conglomeración de empresas e instituciones especializadas, que pertenecen al mismo sector de mercado, están cerca geográficamente y cooperan entre ellas, para ser altamente competitivos. Como ejemplo, se encuentran proveedores especializados, servicios, infraestructura de apoyo, entre otros. (pág. 3).

Los clústeres buscan aumentar principalmente la competitividad, ya que se enfocan exclusivamente en satisfacer las necesidades de los clientes, y centran sus esfuerzos para crear mercados más eficientes para todos aquellos que participan en él. Estos, además ayudan a la innovación por la cooperación que se muestra entre las organizaciones.

Dentro de los tipos de los clústeres se encuentra que algunos pueden ser pasivos y otros activos, donde los primeros se forman por las concentraciones territoriales de las empresas y los segundos, se construyen por alianzas estratégicas independiente del sector o donde estén ubicados.

1.1.1 Ventajas de los clúster de salud enfocados en los procedimientos estéticos

Los clústeres de salud enfocados en los procedimientos estéticos aumentan la ventaja competitiva de las organizaciones en cinco puntos esenciales: primero, incrementan su productividad; segundo, aumentan su capacidad para innovar; tercero, reducen sus costes; cuarto, aumentan la calidad de sus servicios; y quinto, generan conexiones comerciales estratégicas. Todo esto se logra gracias a que se comparten recursos, experiencias, capacidades y conocimientos.

1.2 Clúster de Salud enfocado en los procedimientos estéticos

El clúster de salud es una unión institucional que se forma para desarrollar redes de cooperación, conocimiento e investigación en salud, con el fin de aumentar la confianza y atraer el mercado internacional buscando mejorar la competitividad de las empresas a nivel regional (Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2016), para el caso de las clínicas de procedimientos estéticos de la ciudad de Medellín, estas uniones permiten a los clientes, especialmente los extranjeros, acceder a servicios completos y/o complementarios que incluyen desde el procedimiento estético hasta sus cuidados posteriores, pasando por temas incluso de alojamiento y alimentación.

El clúster de salud enfocado en los procedimientos estéticos cuenta con los siguientes enfoques estratégicos: pacientes internacionales; gestión del conocimiento; e innovación y desarrollo.

2. Metodología empleada

2.1 Diseño

El tipo de estudio que se utilizó en esta investigación fue el explicativo, el cual consiste y está dirigido a responder las causas de los eventos físicos o sociales, dando a conocer por qué ocurre el fenómeno o proceso (Hernández, et al., 2010).

2.2 Población

El universo de esta investigación estuvo constituido por un total de 34 centros dedicados a realizar procedimientos estéticos en la ciudad de Medellín. Se determinó trabajar con los 34 centros estéticos para que la investigación fuera veraz y confiable.

2.3 Entorno

El estudio se llevó a cabo en los centros estéticos reconocidos y legales que operan en la ciudad de Medellín.

2.4 Análisis estadístico

Los métodos estadísticos utilizados fueron en primera instancia la recolección de datos que se llevó a cabo por medio de encuestas realizadas directamente a 34 centros estéticos de la ciudad de Medellín. La encuesta aplicada estuvo compuesta por 6 preguntas con opción múltiple donde se buscó evaluar qué porcentaje de empresas estaban vinculadas a un clúster de salud y qué porcentaje no lo estaban, cuáles son los limitantes para la vinculación con otras empresas, cuáles son los factores determinantes para vincularse a un clúster de salud, qué beneficios tiene estar vinculado, cuál es el grado de satisfacción de las empresas que pertenecen a un clúster de salud y, por último, el número de empresas que conforman el clúster.

Posterior a esto, se continuó con el análisis de la información, la cual se realizó por medio de la tabulación de datos en el programa Microsoft Excel mostrando los resultados generales de cada una de las preguntas propuestas.

2.5 Variables

2.5.1 Variable Dependiente.

Vinculación a los clústeres de salud; dónde se presenta un cambio debido a las variables independientes.

2.5.2 Variables Independientes.

Factores determinantes que influyen en la vinculación, tales como: calidad, precio, competitividad, cercanía, tecnología, y relaciones personales.

3. Resultados

Por medio de la investigación realizada y tomando como base las encuestas aplicadas, se logró evidenciar que el factor determinante para que las empresas se vinculen a un clúster de salud es la calidad, ya que la totalidad de las organizaciones que se encuentran vincula-

das actualmente a un clúster, expusieron que lo que se busca con este, es la superioridad y excelencia del servicio para obtener mayores beneficios. El 80% de las mismas, agregaron que su mejor beneficio fue la demanda elevada de los servicios que dio como resultado una mayor rentabilidad.

Por otro lado, se encontró que solo un pequeño porcentaje de empresas están vinculadas a un clúster correspondiente a un 17.65% y

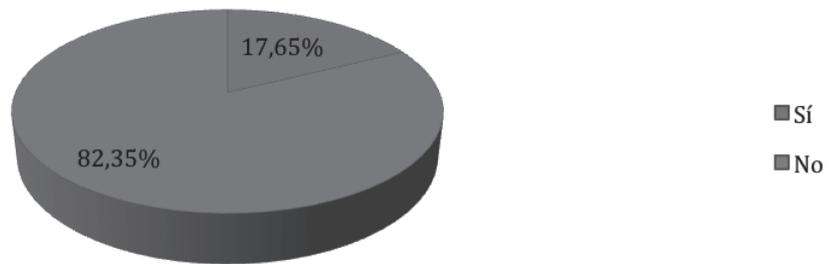
el 82,35% de las empresas restantes no lo estaban por diversas razones. Entre las principales razones se mencionaron: la carencia de la necesidad y el desconocimiento de los beneficios que brinda esta vinculación.

A continuación, se detallan uno a uno las respuestas obtenidas de la aplicación de las encuestas:

3.1 Gráficos

Gráfico 1: Vinculación de empresas al Clúster de salud

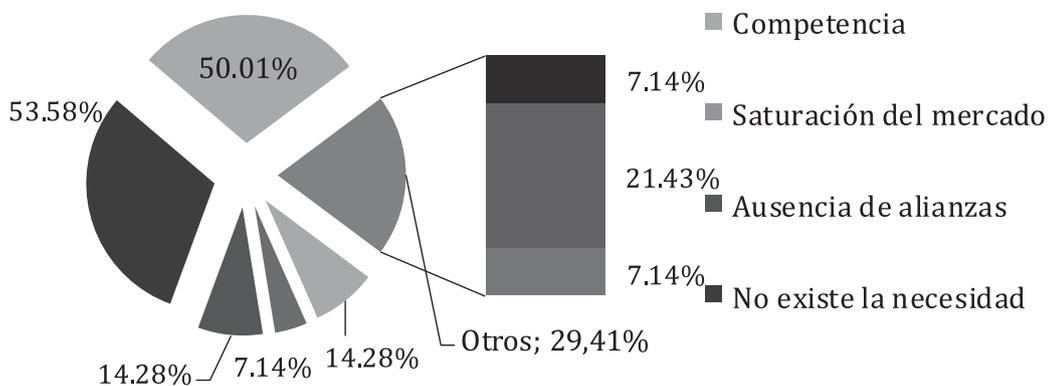
¿ ESTÁ LA EMPRESA VINCULADA A UN CLUSTER DE SALUD ?



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 2: Limitantes para las relaciones de las empresas

RELACIONES DE LA EMPRESA



Fuente: Elaboración Propia

En total, fueron encuestadas 34 empresas de las cuales 6 que conforman el 17.67% se encontraban vinculadas a un clúster de salud, pero las 28 restantes que hacen parte del 82.35% no lo estaban; lo que se pretende con la siguiente información es persuadir e incentivar a la mayoría de la población, es decir, al porcentaje que no se encuentra vinculado a indagar sobre la importancia que están tomando los clústeres en la economía, por medio de los factores que las empresas consideran determinantes para haber decidido vincularse a uno o no hacerlo y cuál es el grado de satisfacción que estos les han brindado.

Debido a que el 82.35% es el porcentaje de empresas que no pertenecen a un clúster, para esta respuesta se tomó este valor como la totalidad de la población y se encontró que el factor más relevante como limitación para

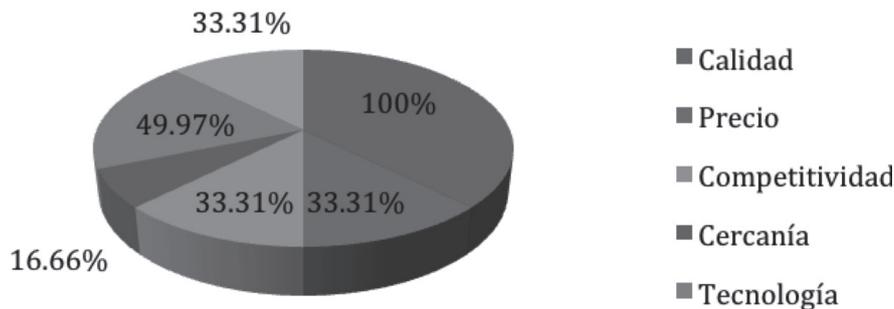
vincularse es el hecho de que las empresas no consideran que existe la necesidad, lo cual se encuentra directamente relacionado al desconocimiento de los beneficios que tiene el pertenecer a un clúster; adicional a esto, alrededor del 21.43% indicó que no posee la confianza necesaria para establecer relaciones con otras empresas; el 14.28% argumentaron que no conocen ninguna empresa para establecer relaciones (ausencia de alianzas) o que la competencia es demasiada para establecer una y sólo un pequeño porcentaje reconoció como factores influyentes la incompatibilidad tecnológica, la falta de recursos y la saturación del mercado.

Nota Aclaratoria: El 17.65% de la población encuestada que respondió que sí pertenecía a un clúster de salud, se convierte en el 100% de la población que responde las preguntas posteriores.

Gráfico 3:



FACTORES DETERMINANTES PARA VINCULARSE CON OTRAS EMPRESAS



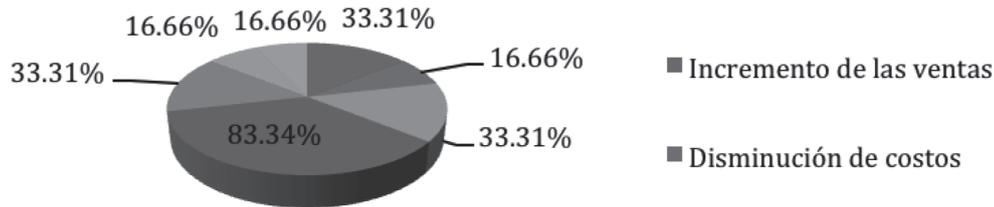
Fuente: Elaboración Propia

La totalidad de las empresas que se encuentran vinculadas a un clúster indicaron que el factor determinante para haber tomado esa decisión es la calidad, adicional a esto, casi la mitad consideró la tecnología como factor

principal; un número menor de empresas con un porcentaje similar señaló el precio, la competitividad y las relaciones personales. En un porcentaje menor se indicó la cercanía como el factor determinante para la vinculación.

Gráfico 4: Beneficios de estar vinculados a un Clúster

BENEFICIOS DE ESTAR VINCULADO A UN CLÚSTER DE PROCEDIMIENTOS ESTÉTICOS



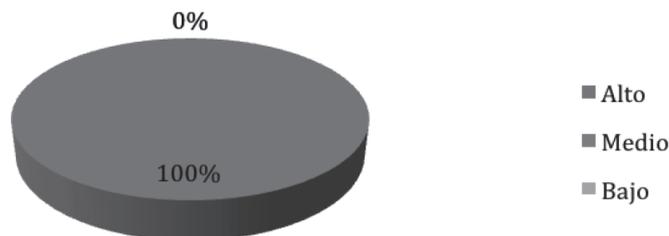
Fuente: Elaboración Propia

De la totalidad de empresas que afirmaron estar vinculadas a un clúster el 83.34% establece como principal beneficio la mayor demanda en los servicios. De igual forma, alrededor del 30% resaltó la mejora de la calidad, el incremento de las ventas y el mayor posicionamiento del mercado, en igual medida, como beneficios de estar vinculados

En menor medida, pero con un porcentaje similar, las empresas indicaron que la obtención de nuevas inversiones, la mejora de los procesos productivos y la disminución en los costos son las mejoras más notables que han logrado con la vinculación.

Gráfico 5: Grado de satisfacción de la relación con otras empresas

GRADO DE SATISFACCIÓN DE LA RELACIÓN CON OTRAS EMPRESAS



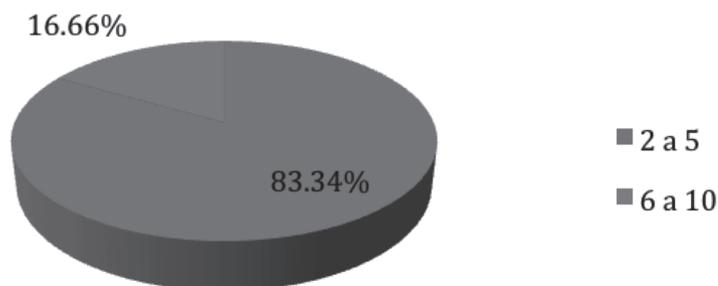
Fuente: Elaboración Propia

La totalidad de las empresas que se encuentran vinculadas a los clústeres indicaron que el grado de satisfacción de la relación que tienen

con otras empresas es alto, lo que quiere decir que los mismos han logrado cumplir con las expectativas que se tenían antes de unirse.

Gráfico 6: Número de empresas que conforman el Clúster al que pertenece

NÚMERO DE EMPRESAS QUE CONFORMAN EL CLÚSTER AL QUE PERTENECE



Fuente: Elaboración Propia

Por último, como información adicional, alrededor del 83% de empresas que pertenecen a un clúster conformado por grupos de 2 a 5 empresas y el restante, pertenecen a uno formado por grupos de 6 a 10 empresas, lo que indica que la cantidad no ha sido de gran relevancia al momento de calificar los beneficios de los clústeres y su grado de satisfacción

4. Discusión

Los procedimientos estéticos han sido un punto de partida para las economías del mundo; Colombia además de ser un país en vía de desarrollo, se encuentra en crecimiento como destino predilecto para estas prácticas. Medellín específicamente, siendo una de las tres ciudades principales de Colombia, es la preferida por los extranjeros en este campo.

Aunque los procedimientos estéticos surgieron con los avances que tuvo el hombre en la medicina, por lo cual tienen siglos de experimentación y perfeccionamiento de técnicas, se pretende adecuar un término más nuevo y poco conocido dentro del campo de la estética, y son los Clústeres, aglomeraciones de empresas que, aunque no pertenezcan a un mismo sector tra-

bajan como equipo e integrando sus servicios para obtener unos beneficios en común.

De acuerdo con la información encontrada el impacto que tiene la unión de estas cuatro palabras “Clúster de procedimientos estéticos” desde un punto de vista económico y de alianzas estratégicas es mucho más contundente en el mercado de lo que se cree, pero con un análisis detenido de los resultados puede entenderse que aun las organizaciones no están muy familiarizadas con el tema, por tanto, desconocen sus beneficios. Puede evidenciarse que por un lado el 82.53% de las organizaciones que realizan procedimientos estéticos en la ciudad no están vinculadas a este tipo de alianzas, sin embargo, el otro 17.67% restante asegura que los resultados de estas integraciones de servicios son muy beneficiosos para todas las partes y aseguran haber tenido un crecimiento significativo al implementar estas integraciones.

En cuanto a los limitantes que exponen, ese alto porcentaje de clínicas de procedimientos estéticos de la ciudad de Medellín que no pertenecen a un clúster se encuentran desde motivos tan básicos como no tener la necesidad de crear alianzas, desconocer los benefi-

cios que estas traen, hasta los más complejos, como lo son la falta de recursos económicos y la incompatibilidad tecnológica suficiente para generar ventaja competitiva en el mercado.

Por otro lado, el pequeño porcentaje de las organizaciones que pertenecen a un clúster aseguran que dentro de los beneficios que encontraron con estas alianzas se hallan el aumento en la demanda de sus servicios, mayor posicionamiento en el mercado, mejora de la calidad y de los procesos productivos, nuevas inversiones y disminución en costos de producción del servicio; también aseguran que tomaron la decisión de integrarse dado que dentro de los beneficios más notorios se encuentran la competitividad, el precio, la tecnología y las relaciones interpersonales; los resultados de estas alianzas han logrado generar en las organizaciones una satisfacción del 100% tanto con la integración como con los resultados de la misma.

Esto se logra observar ya que a pesar de que los clústeres de procedimientos estéticos que ahora existen en la ciudad de Medellín están conformados en su mayoría por 2 a 5 empresas, también los hay entre 6 y 10, una cifra muy amplia para un mercado que apenas está abriendo sus puertas a la integración comercial y económica, lo cual es una apuesta muy asertiva de las organizaciones por la gran ventaja competitiva y valor agregado que se genera.

Conclusiones

Dentro de los resultados arrojados por la investigación se puede destacar que los clústeres de procedimientos estéticos en la ciudad de Medellín, aun no se han dado a conocer de manera suficiente en el campo de la salud, ello por diferentes circunstancias, por tanto, encontramos que menos del 18% de las clínicas de procedimientos estéticos de la ciudad de Medellín pertenecen a un clúster de salud o integración de servicios con otras organizaciones.

Las clínicas de procedimientos estéticos encuestadas afirmaron que dentro de las principales razones para no pertenecer a un clúster de salud se encuentran la falta de necesidad de estas alianzas, el desconocimiento de los beneficios y la falta de confianza para establecer estas relaciones comerciales, factores que afectan directamente su relacionamiento, conocimiento y crecimiento en el mercado.

Los clústeres dentro de una economía son determinantes y es una estrategia que permite el crecimiento y desarrollo de la misma dado que quienes participan en ella, afirman un aumento en factores como mayor demanda de los servicios y mejora de los procesos productivos, por esta razón, es importante destacar el apoyo y promoción que cada gobierno debe hacer en torno al crecimiento de la economía local, con el fin de expandir el alcance de las integraciones comerciales.

Pocas empresas conocen las ventajas de pertenecer a un clúster y por tanto no incentivan la creación de este tipo de alianzas comerciales; la no necesidad de las mismas es una de las principales, seguido del desconocimiento de los beneficios que estas traen, ello se asocia precisamente a la falta de conocimiento referente al tema de clúster de salud y lo que este término significa no solo en términos etimológicos sino también en términos de beneficios otorgados a la organización.

El amplio mercado de los procedimientos estéticos, permite la expansión de alianzas estratégicas que, encaminadas al mismo interés común, potencian la economía del país, por este motivo, es necesario el acompañamiento y asesoramiento de personas idóneas para lograr la consecución de alianzas a través de su conocimiento en esta materia.

El aumento inesperado de la demanda de los procedimientos estéticos en la ciudad de Medellín demanda tiempo y control, ello por ser una ciudad de referencia para la práctica de procedimientos estéticos, razón por la cual, el

control y regulación de estos establecimientos de prácticas de procedimientos estéticos debe de ser más estricta, cabe recalcar que es un tema de gran magnitud, por sus significativas ganancias y esto es un punto de partida para la clandestinidad de algunos centros estéticos en la ciudad de Medellín.

Referencias

Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. (2016). Avances de la estrategia cluster en Medellín y Antioquia. Recuperado de: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/2016/Cluster5.pdf>

El Tiempo. (2015). Cada cinco minutos se practican tres cirugías plásticas. Recu-

perado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16462865>

Hernández, et al., (2010). Metodología de la investigación. Recuperado de: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lcp/texson_a_gg/capitulo4.pdf

Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid. (2014). Turismo en salud: Resultados de la sistematización y análisis de las encuestas de satisfacción aplicadas a pacientes extranjeros atendidos en una clínica de Medellín. Recuperado de: http://www.politecnico-jic.edu.co/revistas/interseccion/interseccion1/pdf/turismo_salud.pdf

Porter, Michael. (1996). Clusters. Recuperado de: <http://www.academia.edu/2918006/Clusters>

la participación en clínica jurídica como experiencia investigativa y práctica - la protección de las comunidades indígenas por el derecho internacional*

*Sebastián Hurtado Correa***

Resumen

Las clínicas jurídicas poco a poco han sido adaptadas en las facultades de derecho como grupos de investigación y práctica donde los estudiantes pueden mejorar tanto sus capacidades investigativas como prácticas, en el manejo de casos reales o simulados; en este último la Universidad Pontificia Bolivariana con su Clínica jurídica se enfocó en un momento dado en la participación práctica en el concurso Iberoamericano de derechos Humanos Francisco Suárez S.J, donde los estudiantes realizaron una investigación profunda del tema y practicaron sus capacidades orales, defendiendo a un Estado hipotético en una reclamación de varias comunidades que se consideran a sí mismas como ancestrales frente a la construcción de una represa.

Palabras clave: Indígenas, Consulta Previa, Práctica, Investigación, Simulación.

* Ponencia presentada en el Encuentro Regional de Consultorios Jurídicos y sus Centros de Conciliación de Antioquia en mayo de 2016.

** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, practicante del Consultorio Jurídico Pio XII.

Legal clinic participation as a research and practical experience - indigenous community protection by the international right.

Abstract

Legal clinics have gradually been adapted into law schools as research and practice groups where students can improve both their investigative and practical skills in handling real or simulated cases; in this last one the Pontifical University Bolivarian with its Legal Clinic focused at a certain moment in the practical participation in the Ibero-American contest of human rights Francisco Suárez SJ, where the students realized a deep investigation of the subject and they practiced their oral capacities, defending to a hypothetical state in a claim of several communities that consider themselves as ancestral against the construction of a dam.

Keywords: Indigenous, Previous Consultation, Practice, Research, Simulation.

Introducción

A partir del trabajo en la Clínica jurídica, en su línea de litigio estratégico, tuve la oportunidad en el año 2012 de participar en el concurso Iberoamericano de Derechos Humanos Francisco Suárez S.J, una oportunidad en la que los estudiantes podemos efectivamente practicar habilidades esenciales para el ejercicio profesional, participación que nos dejó a los estudiantes, una labor de investigación amplia y una prueba de fuego de nuestras capacidades en ese momento frente a otros estudiantes.

El concurso trató el tema de las poblaciones ancestrales y sus derechos sobre el territorio que históricamente han habitado (muchos incluso antes de la llegada de Cristóbal Colón), lo que nos llevó a investigar no solo aspectos históricos, sino también legales dentro del marco del sistema interamericano de derechos humanos, y a generar conocimiento dentro del grupo de estudiantes que participaron y en todo el grupo de trabajo como profesores y otros alumnos.

1. Investigación

Al Estado moderno se le presenta una gran problemática, el manejo que política, jurídica y socialmente se le debe dar a los grupos indígenas; históricamente tanto en el territorio que actualmente corresponde a la República de Colombia como en el resto del hemisferio americano y en otros espacios del mundo, estas comunidades han sido objeto de rechazo, falta de garantías, políticas de corte paternalista, etc., pero en pocos momentos han sido tratados como iguales, como sujetos de plena capacidad para decidir sobre su estilo de vida. Los gobiernos han comenzado a comprometerse a cambiar estas políticas históricas, enfocando proyectos, leyes y políticas públicas a la protección cultural y social, pero ya enfocada en una visión multicultural, caso claro se obtiene al comparar el sistema jurídico colombiano en dos casos concretos, la primera es la ley

89 de 1890 que se refiere a ellos como salvajes, en contraposición a la constitución política colombiana de 1991 que en ninguna parte utiliza esos términos. (Ortega, 2012).

Primero debe delimitarse que se considere como un grupo indígena, esto solo es claro a partir del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece que es un grupo indígena aquel que es o descende de los grupos poblacionales nativos antes de la conquista, tiene una sensación de diferencia social y cultural con el resto de la población del territorio nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias normas.

Aunque en el fondo histórico las primeras normas protectoras de los derechos indígenas fueron expedidas por la reina Isabel de Castilla, durante la época de la conquista a partir de los “estudios” de las universidades castellanas y aragonesas (principalmente en Salamanca) se determinó que los individuos indígenas eran seres humanos con alma, por lo que era una obligación de los pueblos europeos “rescatar y educar” a dichos individuos para su salvación en sentido cristiano, noción que llevó a la creación de las figuras de la encomienda y la mitad, que en el papel presentaban a los conquistadores y colonizadores como “hermanos mayores” protectores, pero que en la práctica fueron mecanismos casi esclavistas y denigrantes de la condición de humanos de los indígenas. (Cerón Reyes, 2014).

Luego de las guerras de independencia el primer antecedente claro de una ley de protección en el territorio de la República de Colombia es la ley 89 de 1890 cuyo objeto fue: “Determinar la manera cómo deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, de solo su título se puede observar que se expidió desde una visión etnocentrista, donde se presenta la “superioridad” de la cultura predominante en el país sobre la de sus pobladores originales. Ahora bien, esta ley reguló por primera vez la separación de las

normas indígenas de las de la República, intentó proteger la propiedad indígena asimilando estas poblaciones a menores de edad con lo que requerían de un representante legal, quien debía velar por sus derechos e intereses.

A partir de la mencionada ley, ha sido mucha la tinta utilizada en las diferentes normas jurídicas nacionales (desde 1890 se han expedido 34 normas de nivel legal) que han buscado o proteger directamente o reglamentar un trato especial a las comunidades indígenas a partir de las teorías de la discriminación positiva, donde debe tratarse al igual como igual y al desigual como desigual, siendo estas comunidades históricamente vulnerables no se les puede tratar bajo las mismas condiciones jurídicas.

Pero estas normas siempre se quedaron cortas, la situación política y social del país en esta materia no consiguió herramientas jurídicas que se adaptarán a las condiciones cambiantes y nuevas teorías en materia indígena y ancestral, fue el derecho internacional quien comenzó al final de la Segunda Guerra Mundial a generar declaraciones, tratados y otros instrumentos que buscaron directa o indirectamente positivizar los valores ya expresados en documentos como la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano o la declaración del buen pueblo de Virginia, surgidos durante la época de las grandes revoluciones liberales que crearon las bases deontológicas y morales de Occidente (Unidas, Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, s.f.).

La declaración universal de los derechos humanos de 1945 ha sido la obra principal del derecho internacional, que en su artículo 1 declara que “ Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia”, es decir, que todos somos iguales, sin importar nuestro origen, esto suena muy lógico en el presente, pero fue un concepto que radicalmente cambió la mente de la humanidad, ya nadie tiene razones para colocarse en una posición cultural superior o inferior frente a otro.

Si se analiza el aspecto netamente político del año 1945 se puede observar que la declaración no buscaba proteger a los indígenas directamente, busco crear un marco seguro para las relaciones humanas y evitar que tragedias como las sucedidas en la guerra se repitieran (Organización de las Naciones Unidas), pero su espíritu igualitario permeó a todo el globo, a todos los Estados y a sus minorías internas, quienes observaron en esta la primera aceptación legal de igualdad, la primera piedra del arduo camino cuyo final es la igualdad jurídica y material de todas las formas de culturas y cosmogonías que conviven en un territorio.

Pero aunque el artículo 1º que se acaba de analizar invoca una igualdad entre todos los seres humanos por el hecho de serlo y con ello se construyen miles de teorías y leyes que buscan dicha igualdad, la declaración no se quedó allí y en el artículo 7º consagra que “ Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”, esta disposición elaboró la idea de la igualdad de todos pero ya superando la mera idea de igualdad física y consagra un deber de los Estados de tratar a todos sus ciudadanos en igualdad ante la ley.

Otro elemento de carácter universalista es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, un documento surgido a finales de la primera década del siglo XXI (fue aprobada el 17 de septiembre de 2007) donde se afirma que los pueblos indígenas son sujetos de los derechos conferidos por la declaración de 1945, sino que también presenta que estos pueblos tienen derechos históricos sobre sus territorios y formas de vida que los estados deben respetar; todo esto retomando el espíritu del convenio 169 de la OIT, que es uno de los primeros y principales instrumentos internacionales en materia de derechos indígenas, ya que fue el primero

en invocar los derechos y privilegios que estos pueblos tiene sobre sus territorios, en restringir la posibilidad de acción del Estado dentro de estos, ya que este fue el primer documento en positivizar el derecho a la consulta previa antes del desarrollo de proyectos económicos (minería, infraestructura, entre otros).

Ahora bien, analizada la perspectiva universal, está aunque funciona y presentó apoyo jurídico-político que permitió a las comunidades ancestrales de todo el mundo (no sólo a los indígenas del hemisferio americano, sino también a los pueblos ancestrales de África y Oceanía) no es la única visión instrumental que sirvió a estos grupos para buscar protección e igualdad, las convenciones y declaraciones regionales han continuado el camino de las universales, documentos como la Declaración Interamericana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos, entre otras, han construido un marco de protección impensable antes del surgimiento a de los ideales de la declaración universal de los derechos humanos.

En el marco judicial el surgimiento del sistema de protección internacional del continente americano, creó una garantía supranacional funcional frente a la violación de los derechos de los pueblos indígenas, casos de masacres, protección de territorios y discriminación han encontrado en este sistema y no en los ordenamientos internos una protección efectiva, que siempre ha pretendido por la reparación, por la verdad donde está se desconoce y por las garantías de no repetición con base en las obligaciones internacionales de los Estados. Se pueden observar casos donde se evidenció tanto la crítica como la intervención del sistema interamericano, en temas de infraestructura en la amazonia brasileña, en manejo de territorios ancestrales en Honduras, en protección preventiva en la zona del desierto de la Guajira entre Colombia y Venezuela, etc. En cada uno de estos casos se evidencia cómo en distintas

formas los Estados han fallado o malinterpretado sus obligaciones y ha debido entrar un organismo internacional para proteger a las comunidades.

Ahora bien el último derecho que se les ha conferido a estos pueblos es el reconocimiento a la propiedad intelectual de su conocimiento ancestral (Unidas, Convenio sobre la diversidad biológica, s.f.), para esto de nuevo ha sido la Organización de las Naciones Unidas quien en el convenio sobre la diversidad biológica de Nagoya de 2012 reconoce en su artículo 7 el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre el uso de su conocimiento en el uso de material biológico en diversos campos.

Observado todo esto podemos asegurar que los grupos poblacionales indígenas en el hemisferio americano en general y en Colombia en particular poseen variadas herramientas de protección, que han evolucionado y poco a poco las condiciones han mejorado en el manejo multicultural que la constitución y las leyes exigen al Gobierno, en temas como la representación política como se observa en la Constitución Política, en la protección de los territorios ancestrales, el reconocimiento lingüístico, etc.

2. La experiencia en el concurso:

Son pocas las personas que sin ningún tipo de práctica o ensayo, logran en su primer juicio una excelente presentación oral, esto requiere práctica, y es justamente esto lo que busca la Clínica Jurídica al participar en estos concursos, que los estudiantes efectivamente tengan la oportunidad de tener un entrenamiento más parecido a la vida real de lo que las aulas de clase muchas veces pueden aportar.

La experiencia alcanzada en las rondas orales enseña a los estudiantes no solo a expresarse en lenguaje técnico, sino además a adaptar su discurso a cambios inesperados, ya que estando los jueces capacitados para preguntar durante las presentaciones, los estudiantes deben tener la capacidad de mantener un discurso

so y de poder adaptarlo a las circunstancias y a un tiempo límite.

Conclusiones

El trabajo de práctica de audiencia simulada en concurso, fue exitosa debido a que se capacitó a los estudiantes en dos habilidades esenciales para los abogados actualmente: primero, la capacidad de expresión oral y escrita, en audiencias simuladas y memoriales; y segundo, la investigación jurídica para justificar posiciones claras en un conflicto jurídico.

El primer punto se demuestra en la necesidad de la vida práctica para manejar los juicios orales que las nuevas realidades procesales exigen a la práctica del derecho, ya que son pocas las oportunidades que la vida universitaria y académica ofrecen actualmente a los estudiantes para fortalecer estas actitudes; además permite a los alumnos practicar ser parte efectiva en un proceso e ir más allá de la simple teoría y aplicarla efectivamente.

El segundo punto permite que el estudiante se entrene en la utilización de herramientas jurídicas más allá de la leyes, códigos y jurisprudencia, obteniendo una visión holística del derecho como un conjunto más amplio, además de poder utilizar ese conocimiento para sustentar posiciones jurídicas claras.

Además de este crecimiento, el alumno obtiene una visión más completa de las situaciones reales sobre los derechos en un plano internacional y nacional, lo que le permite acercarse a la realidad más allá de la fría letra de la ley o de los medios de información y comunicación, generando empatía con la situación social y con ello una acción ética para generar una solución efectiva.

Por todo lo anterior es correcto afirmar que la práctica de los estudiantes de derecho en sistemas de clínica jurídica genera a futuro un profesional más completo no solo frente a las exigencias de la vida profesional propiamente dicha, sino también frente a las necesidades de

una sociedad como la colombiana y latinoamericana, que requieren abogados con un entendimiento preciso, claro y ético frente a las situaciones que se viven en la región.

Referencias

- Americanos, O. d. (s.f.). Declaración Americana de derechos y deberes del hombre. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Americanos, O. d. (s.f.). Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2234_XXX-VI-O-06_esp.pdf
- Americanos, O. d. (s.f.). Declaración Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Ortega, R. R. (2012). Manual Jurídico Indígena. Medellín: Gobernación de Antioquia.
- Raul Arango Ochoa, E. S. (2004). Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Bogotá: Quebecor World Bogotá S.A.
- trabajo, O. I. (1989). Convenio 169. Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314
- Unidas, O. d. (s.f.). Convenio sobre la diversidad biológica. Obtenido de <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>
- Unidas, O. d. (s.f.). Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Obtenido de http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Unidas, O. d. (s.f.). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obtenido de http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

inclusión de los conceptos propios de conservación de los espacios públicos verdes y la ecología del paisaje en el plan de ordenamiento territorial del municipio de sabaneta*

*Luz Andrea Quintero Salgado***

Asesor: Juan Rodrigo Vega Henao

Resumen

La gestión ambiental es una responsabilidad estatal que obliga a los entes territoriales a integrar en sus Planes de Ordenamiento Territorial conceptos básicos de ecología del paisaje y espacios públicos verdes. Esta integración define los aspectos relacionados con la interacción de los seres humanos y el medio ambiente y obliga a los gobernantes del territorio a garantizar el derecho al medio ambiente sano y propender por alcanzar el desarrollo sostenible. A través de este artículo de reflexión, se busca determinar si el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Sabaneta integra los conceptos de la gestión ambiental y contiene propuestas efectivas de conservación de los recursos naturales en aras de alcanzar la sostenibilidad del territorio.

La legislación colombiana obliga a los municipios a planear sus territorios. El Municipio de Sabaneta no es ajeno a esta obligación y se enfrenta actualmente a retos importantes en la planeación del mismo debido a su reducida extensión, al desbordado aumento de las obras de construcción con fines habitacionales y por ende plantear el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de manera que articule no solamente los recursos naturales y ambientales sino su interacción con los pobladores es el verdadero desafío al que se enfrenta la administración pública.

Palabras clave: Derecho al medio ambiente sano; Ecología del Paisaje; Espacios Públicos verdes; Plan de Ordenamiento Territorial.

* Artículo de reflexión presentado como requisito de grado para optar por el título de abogado en el programa de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta – UNISABANETA.

** Estudiante del programa de derecho de la Corporación Universitaria UNISABANETA Auxiliar de investigación del proyecto de investigación “Articulación al sistema de espacio público verde metropolitano del ecosistema estratégico de La Romera en jurisdicción del municipio de Sabaneta – Antioquia” dirigido por el investigador principal Juan Rodrigo Vega Henao, docente investigador de la Corporación Universitaria de Sabaneta – UNISABANETA.

Incorporation of own concepts of conservation of natural and ecological public spaces in the plan of territorial ordering of the municipality of Sabaneta.

Abstract:

Environmental management is a state responsibility that binds territorial entities to specifically integrate basic concepts of landscape ecology, green public spaces and environmental management into their Territorial Planning Plans. This integration defines the aspects related to the interaction of human beings and the environment and forces the territorial rulers to guarantee the right to a healthy environment and to strive for sustainable development. Through an article of reflection, this paper seeks to determine if the Plan of Territorial Ordering of the Municipality of Sabaneta integrates the concepts of environmental management and contains effective proposals for conservation of natural resources in order to achieve the sustainability of the territory.

Colombian legislation obliges municipalities to plan their territories. The Municipality of Sabaneta is not outside this obligation and is facing important challenges in the planning of the same because of its small extension, to the overflowing increase of the construction works for residential purposes and therefore to propose the Plan of Territorial Ordinance of the municipality So that it articulates not only the natural and environmental resources but its interaction with the settlers is the real challenge that the public administration faces.

Keywords: Right to a healthy environment, Landscape Ecology, Green Public Spaces, Territorial Planning Plan.

Introducción

Los cambios sociales, políticos y culturales de la mano de las secuelas ambientales y económicas de la colonización, han traído consigo la necesidad de asegurar la calidad de vida de la población y el derecho al medio ambiente sano. Siendo Colombia un Estado Social de Derecho, la Constitución Política obliga a los entes territoriales a planear y ordenar su territorio (Mendez Casariego & Pascale Medina, 2014, p.15).

El ordenamiento territorial es un concepto reciente que empezó a aplicarse en la década de los ochenta y está íntimamente ligado a políticas ambientales, urbanísticas y, sobre todo, al desarrollo económico de las diferentes regiones (Massiris Cabeza, 2012, p.14). Maneja diversos modelos de localización de la población con unos determinantes que interactúan de manera compleja. Estos modelos cuentan con una base ecológica y topográfica, que permiten definir si el territorio es apto para ser habitado y cuáles son los aspectos económicos, sociales y políticos que le dan el verdadero valor a los espacios. La interacción de estos, acumula sus efectos en el tiempo y por ende su historia ejerce una influencia decisiva sobre la situación actual y sirve como visión hacia el futuro. (Mendez Casariego & Pascale Medina, 2014).

Los entes territoriales en Colombia se enfrentan a un verdadero desafío: tener en cuenta los ecosistemas existentes en la planeación del territorio e introducir en sus planes de ordenamiento territorial conceptos como: ecología del paisaje, espacios públicos verdes, corredores ecológicos, áreas protegidas, conservación y comunidad, entre otros, que aseguren la sostenibilidad ambiental.

El municipio de Sabaneta, como el resto de los municipios del país, está obligado a establecer políticas públicas en aras del mantenimiento de los ecosistemas existentes y teniendo en cuenta que es considerado el municipio más pequeño de Colombia, se enfrenta con

una problemática importante relacionada con el aumento de construcciones tipo vivienda y migración de personas hacia este territorio, lo que le dificulta la conservación de los espacios verdes y la conservación del medio ambiente sano (Montoya, 2009, p.2).

Este artículo busca determinar si el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Sabaneta integra los conceptos de la gestión ambiental y contiene propuestas efectivas de conservación de los recursos naturales en aras de alcanzar la sostenibilidad del territorio.

Conceptos de gestión medioambiental, ecología del paisaje y espacios públicos verdes. Integrar al Plan Básico de Ordenamiento Territorial a las necesidades medioambientales es una obligación de los entes territoriales ya que todas las actividades realizadas por los pobladores de un territorio repercuten sobre su conservación. En este orden de ideas, el Ordenamiento Territorial busca optimizar la distribución de la población en un espacio geográfico con el menor impacto en el medio ambiente y con beneficios que lleven a la sostenibilidad. (Méndez Casariego & Pascale Medina, 2014, p.28).

La sostenibilidad del territorio solo es viable si se tiene en cuenta los conceptos propios de la gestión ambiental y se articulan con las normas, los preceptos existentes y el comportamiento de las comunidades que habitan allí. Uno de los conceptos a tener en cuenta es la “Ecología del paisaje” que mantiene una estrecha relación con la geografía del territorio y que se consolida como una disciplina que ayuda a comprender algunos de los desafíos que se presentan en la búsqueda de la conservación del patrimonio tanto cultural como natural. El geógrafo Carl Troll la definió a finales de la década de 1930, como “el estudio de toda la complejidad de relaciones causa-efecto que existen entre las comunidades de seres vivos y sus condiciones ambientales en una sección específica de paisaje” (Subirós, Varga, Llausas, & Ribas, 2006, p.155 y ss.).

La visión de la ecología del paisaje se enfoca en tres pilares: estructural morfológica, funcional y el cambio (Aguilera, 2010, p.154), el primer pilar comprende las características del territorio, sus cambios a través del tiempo desde un punto de vista funcional y su interacción con los ecosistemas, el pilar funcional está determinado por la presencia de grupos sociales como una de las variables ecológicas más importante para determinar la composición del paisaje que se interpreta por medio de elementos llamados mosaicos, originados por las diferencias en la composición del suelo, la dinámica natural y la actividad humana. En esta composición se diferencian tres elementos: los fragmentos que son las diferentes unidades geomorfológicas presentes en el territorio, los corredores que son las conexiones existentes entre los fragmentos, y la matriz que es el conjunto formado por fragmentos y corredores. (Aguilera, 2010, p.156 y ss).

El tercer pilar corresponde a los cambios que puedan presentarse los cuales son determinantes, debido a que una disminución o incremento del área de los fragmentos afectan la cantidad de especies a albergar y la diversidad de la zona, al igual que la actividad humana y las condiciones naturales. (Aguilera, 2010 156 y ss).

Otro elemento a tener en cuenta en la Ecología del paisaje, son los parches vegetales, estos, son el principal indicador de la calidad del ambiente, son ecosistemas lo suficientemente grandes para ser auto sostenibles y contienen grandes fuentes de recursos para atraer y sostener la vida silvestre. De esta manera ofrecen protección a los diferentes acuíferos, control del escurrimiento de los drenajes, generan aire limpio, reciclan el aire contaminado y brindan hábitats a diferentes especies.

Si los parches vegetales se reducen se pierden los servicios que prestan, como consecuencia, disminuye la población vegetal y animal, la capacidad de regeneración, la diversidad biológica y el suelo pierde su valor. (Subirós, Varga, Llausas, & Ribas, 2006 P.153

Áreas de valor ambiental en Colombia.

Colombia es uno de los países más ricos en biodiversidad, cuenta con inmensos ecosistemas que soportan la vida y generan grandes servicios ambientales. La legislación, ordena su conservación y mantenimiento dándole un verdadero valor ambiental al territorio articulando los sistemas de vigilancia y control como mecanismos de gestión. Existen tres figuras que agrupan las áreas con mayor valor ambiental: áreas protegidas, red ecológica e infraestructura verde. (Remolina-Angarita, 2011, p.68).

El conjunto de todas las áreas protegidas se conoce como Sistema Nacional de Áreas protegidas SINAP, este sistema comprende todas las áreas de carácter público, privado y comunitario, además de lo relacionado con su gestión vinculando diferentes actores, estrategias e instrumentos, para contribuir al cumplimiento de los objetivos de conservación (Remolina-Angarita, 2011, p.66).

La red ecológica es un concepto que busca conservar las áreas de mayor importancia ecológicas y mitigar los impactos externos sobre las mismas.

La infraestructura verde consiste en la planeación, de la mano con el bienestar de los habitantes de un lugar, de una red de espacios públicos verdes interconectados que no solo contempla áreas naturales sino que tiene claro cuál es el valor ambiental de las áreas destinadas a ser parques, caminos verdes y otros lugares determinados por el hombre. La infraestructura verde es una herramienta de conservación que busca preservar áreas naturales y lograr la sostenibilidad. (Remolina-Angarita, 2011, p. 66 y ss).

Estos conceptos son importantes porque permiten definir cuáles son los puntos claves de conservación dentro del territorio permitiendo al ente territorial enfocar sus esfuerzos de conservación en las zonas anteriormente mencionadas.

2. Municipio de sabaneta, gestión ambiental y Plan Básico de Ordenamiento Territorial (PBOT)

El Municipio de Sabaneta está situado al sur del Valle de Aburrá del Departamento de Antioquia e integra el Área Metropolitana del Valle de Aburrá.

Se considera el Municipio más pequeño de Colombia. Tiene 15 kilómetros (Km) cuadrados de extensión, de los cuales el sector rural representa las dos terceras partes del territorio, 10 Km cuadrados, y la actual malla urbana cubre 5 Km cuadrados de extensión. (Montoya, 2009, p.2 y s)

El Valle de Aburrá está conformado por los municipios de Caldas, La Estrella, Sabaneta, Itagüí, Envigado, Medellín, Bello, Copacabana, Girardota y Barbosa. A lo largo de la conformación del Valle, los municipios se confunden entre sí, esta fusión de los territorios se conoce como conurbación. Este fenómeno representa cambios tanto a nivel del suelo como a nivel social, económico y cultural que afectan considerablemente al municipio de Sabaneta debido a que de la mano del crecimiento desordenado urbanístico e industrial se dificulta la preservación de los espacios públicos y espacios públicos verdes, que presentan actualmente una disminución de su capacidad, su potencial ambiental y del paisaje. (Restrepo, 2007).

Uno de los principales problemas a los que se enfrenta el municipio de Sabaneta es el de pasar de tener en el año 2013, un total de 30.221 predios registrados en Catastro a 54.057 en diciembre del año 2016. En estos predios se incluyen casas, apartamentos, locales comerciales e industriales, etc. lo que dificulta aún más la planeación. (Martínez Arango, 2016).

Para plantear el Plan Básico de Ordenamiento Territorial (PBOT) del Municipio, es necesario tener en cuenta todos los aspectos relacionados con la gestión ambiental, hacien-

do claridad en que son los recursos naturales renovables y no renovables los proveedores por excelencia de los bienes y servicios y son los que aportan diariamente el sustento de las necesidades básicas de la población como el abastecimiento del agua, el aire, la energía y la alimentación.

Para que el PBOT del municipio de Sabaneta sea efectivo en la planeación del territorio, además de tener en cuenta estos elementos requiere de estrategias que le permitan limitar el crecimiento desbordado de la construcción que en este momento le acarrea problemas de movilidad, manejo del espacio público, inseguridad y problemas sociales.

Para la consecución de estas estrategias es necesario tener claridad en la definición de espacio público y espacios públicos verdes. El espacio público representa los espacios de socialización donde se da la interacción de las diferentes culturas dentro del territorio. Para que esta interacción se produzca de manera correcta los espacios públicos deben proveer salud, calidad de vida y manejar adecuadamente las relaciones privadas y públicas. Esto representa la base para que se dé un ordenamiento territorial que permita que un territorio sea auto-sostenible.

Existe una estrecha relación entre el espacio público y el medio ambiente y esta relación busca preservar la vida y beneficiar a los seres humanos. El Espacio Público se entiende como el vínculo de relación, entre el hombre y la naturaleza, entre lo urbano y lo no urbano, entre lo político, lo económico y lo ambiental. Por lo que enmarca necesariamente la dimensión social y los espacios públicos que están destinados a la integración socio cultural sujeta al respeto por el medio ambiente. (Fadigas, 2009, p.33 y ss).

La ley 9 de 1989 en su Artículo 5 desarrolla un punto importante a tener en cuenta y es la protección al espacio público:

Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. [...] constituyen el Espacio Público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano, en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad y por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo. (Ley 9 de 1989, art. 5).

Esto es importante debido a que amplía el concepto de espacio público no solamente a lo relativo a los bienes de uso público sino también a todo lo que está dirigido a ser utilizado por toda la población.

Los espacios públicos verdes son el conjunto de áreas con vegetación que tiene como función la protección del medio ambiente urbano y la integración paisajística y de dispersión de la población. Representan la totalidad de los espacios que se encuentran en cualquier tipo de vegetación y son la suma de las áreas rurales y urbanas.

La presencia de elementos naturales en el paisaje urbano ayuda a la planificación de las ciudades y a mantener un equilibrio ambiental que las haga sostenibles. Además, permite la existencia de corredores ecológicos que apor-

tan en la conservación de la biodiversidad territorial y la organización de los espacios verdes urbanos. (Fadigas, 2009, p.2).

Con el fin de lograr la integración de lo público con lo ambiental, surge el Plan Básico de Ordenamiento Territorial que es una herramienta que integra a nivel municipal lo económico y lo ambiental. El POT está fundamentado en el Artículo 311 de la Constitución Política; este artículo establece para los municipios la obligación de “ordenar el desarrollo de sus territorios”. Ésta es la base de la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo (Ley 152 de 1994), que en su Artículo 41 establece que los municipios deben contar con un Plan de Ordenamiento Territorial y la Ley 388 de 1997 le da las bases legales para su aplicación así:

Comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertados, en ejercicio de la función pública que les compete...en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales. (Ley 388 de 1997, art. 5).

Con relación a las zonas de valor ambiental, espacios públicos y espacios públicos verdes, el municipio de Sabaneta a pesar de su poca extensión, cuenta con una gran zona rural que comprende las tres cuartas partes del territorio y que poseen inmensa riqueza medioambiental. Algunos de sus recursos ecológicos de mayor valor son:

La cuenca de la quebrada la Doctora que pertenece a la gran Cuenca del Río Medellín, rica en recursos hídricos como las quebradas: La Honda o Palenque, La Teresita, La Escuela, El Gusano, La Montañita y La Sabanetica. Posee 7.89 kilómetros de longitud y como punto fundamental se debe tener en cuenta que ha presentado a través del tiempo un aumen-

to considerable en el nivel de las aguas, dando como resultado desbordamientos e inundaciones, socavación en las márgenes del canal, arrastre de materiales y escombros, sedimentación de arenas y gravas en su cauce, destrucción parcial y total de estructuras hidráulicas, viviendas y cultivos. (Montoya, 2009, p.5)

Otro espacio de alto valor ambiental es el Parque Ecológico y Recreativo municipal la Romera, la cueva de la Piedra situada en la vereda María Auxiliadora y parte del Río Medellín que nace en el alto de San Miguel en el municipio de Caldas y confluye en el río Grande 99 kilómetros después en Barbosa. Allí confluyen más de 200 quebradas. A la altura de Sabaneta el caudal del Río es de 7.90 metros cúbicos por segundo.

Esta cuenca, en la actualidad es un ecosistema altamente intervenido debido a que su conservación no responde solamente a factores ecológicos, sino también a aspectos económico, sociales, culturales. Además, se considera que Sabaneta cuenta con una gran riqueza arqueológica debido a que posee senderos antiguos que comunican a Envigado, El Retiro y Sabaneta con el Alto de la Romera. (Montoya, 2009 P6 y s)

3. Integración de los conceptos de la gestión ambiental y desarrollo sostenible en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial

El acuerdo N°15 de 2016, que contiene las directrices metropolitanas de ordenamiento territorial, plantea los desafíos a los que se enfrenta el Valle de Aburrá con el aumento actual y significativo de los habitantes del territorio y la necesidad de contar con un plan estratégico ambiental que cubra a toda el área metropolitana y sirva como un elemento donde necesariamente confluyan lo urbano y lo rural como determinantes para la sostenibilidad. Su fundamentación se basa en la integración de las directrices ambientales de cada

localidad con las directrices sectoriales y estrategias gubernamentales. Lo más importante es que fundamenta el desarrollo en la base natural como máximo patrimonio territorial y plantea la necesidad de integrar los aspectos ecológicos, sociales y la cotidianidad urbana de manera sincrónica para alcanzar el desarrollo sostenible. (Smith & Pérez, 2016)

Según la Carta Europea de Ordenamiento Territorial:

[...] el ordenamiento territorial es la expresión espacial de las políticas económicas, sociales, culturales y ecológicas de la sociedad, es, a la vez, una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global, cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector. (Smith & Pérez, 2016).

Se definen en este contexto, los objetivos fundamentales del ordenamiento territorial como: primero, el desarrollo equilibrado de las regiones; segundo, la mejora de la calidad de vida; tercero, la gestión responsable de los recursos naturales y la protección ambiente; y cuarto, la utilización racional del territorio. (Smith & Pérez, 2016)

El modelo de Ordenamiento Territorial Metropolitano, incorpora principios básicos de crecimiento equilibrado, moderado, programado y compensado buscando que se mantengan los espacios, se crezca de una manera armónica reduciendo al mínimo los efectos negativos.

Las principales estrategias de gestión ambiental se centran en recuperación de las cuencas hídricas y el uso de los suelos, se reduce la expansión urbana en el sur del territorio, protegiendo los espacios naturales que allí se encuentran con intervenciones que buscan la preservación, recuperación, restauración y/o generación de actividades rurales, consolidación urbana y mejoramiento integral. (Smith & Pérez, 2016).

Con relación al municipio de Sabaneta, el acuerdo plantea como área de protección y reserva local a la Romera, orientando el uso del suelo como cobertura natural protectora, donde no se permite la parcelación y se prohíbe la localización de suelo suburbano, que busca conservar recursos naturales.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la sostenibilidad del territorio no se alcanza sin integrar los elementos medio ambientales y su interacción con los habitantes del territorio, los planteamientos anteriormente mencionados, no se encuentran en concordancia con Ley 388 de 1997, ley de ordenamiento territorial, debido a que esta impone una obligación exclusiva de la función pública y no integra las condiciones medio ambientales y el resguardo de la base natural como una alternativa para que los territorios sean sostenible, de esta manera puede afirmarse que el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del municipio de Sabaneta no integra la problemática social actual: violencia, inseguridad, ingobernabilidad; el aumento de sus habitantes ni los problemas relacionados con el manejo del espacio público y la gestión ambiental, por lo que no será posible para la administración pública plantearse el territorio como un todo alcanzando la sostenibilidad de la mano del bienestar social.

Sumado a esto, no contempla oportunidades de optimización del espacio que disminuyan el impacto negativo por el aumento en el número de construcciones en la zona, por el contrario en un período de tres años se ha duplicado el número de construcciones en una extensión limitada del territorio. (Martínez Arango, 2016) y si no es posible ejercer control el número podría ser mayor.

La concordancia del POT de Sabaneta con las directrices de ordenamiento del Valle de Aburrá es fundamental, si se logra la integración de ambos modelos, se obtendrán grandes beneficios para el Municipio de Sabaneta, sobre todo porque se incluirían políticas

públicas de trabajo con otros departamentos para evitar la migración masiva de personas y se haría necesario buscar mecanismos de compensación ambiental realmente efectivos. Esta es una gran oportunidad para que Sabaneta sea viable ambientalmente, al tratarse de un municipio tan pequeño, que no controla el crecimiento de las construcciones y la expansión urbana, su mayor riesgo es afectar las áreas de protección especial que se perfilan como únicas áreas de expansión hacia el futuro, con la consecuente pérdida de zonas de bosque y ecológicas imposibilitando la obtención de los recursos naturales renovables y no renovables que aseguran la calidad del vida y el derecho a un medio ambiente sano.

Conclusiones

Los seres humanos y todos los procesos sociales dependen de los insumos que provee la naturaleza, como el aire, el agua, las diferentes materias primas y la calidad del suelo. Por esto, no se concibe como viable alcanzar el Desarrollo Sostenible si los entes territoriales, encargados de la planeación del territorio, no logran integrar el elemento “riqueza” a la necesidad de generar políticas públicas de conservación de los recursos naturales y medioambientales.

La obligación de ordenar el territorio esta en cabeza del estado, sin embargo, esta obligación trae implícito el principio de corresponsabilidad. Los municipios, están obligados a tener en cuenta en sus Planes de Ordenamiento Territorial los conceptos básicos de gestión ambiental relacionándolos con su interacción con los seres humanos de una manera que sea dinámica y que sirva para mitigar tanto los problemas sociales como sus consecuencias medioambientales.

Es fundamental que se tenga en cuenta en la planeación del crecimiento de los municipios, los espacios públicos verdes, que son el conjunto de áreas con vegetación que tiene

como función la protección del medio ambiente urbano, la integración paisajística y de dispersión de la población y que representan la totalidad de los espacios que se encuentran en cualquier tipo de vegetación y son la suma de las áreas rurales y urbanas.

El municipio de Sabaneta, se enfrenta actualmente a problemas sociales como violencia, inseguridad, ingobernabilidad, aumento de sus pobladores, manejo del espacio público y de gestión ambiental, por lo que es fundamental que su Plan de Ordenamiento Territorial contenga elementos medio ambientales que aporten a la conservación de la biodiversidad territorial y la organización de los espacios verdes urbanos con el fin de lograr la integración de lo público con lo ambiental. Para hacer esto posible, cuenta con algunas herramientas que le permiten priorizar la gestión, entre estas están el Plan Básico de Ordenamiento Territorial que es una herramienta que integra a nivel municipal lo económico y lo ambiental y está fundamentado en el Artículo 311 de la Constitución Política; que le establece al municipio la obligación de “ordenar el desarrollo de su territorio” y el acuerdo N° 15 de 2016, que contiene las directrices metropolitanas de ordenamiento territorial y plantea los desafíos a los que se enfrenta el Valle de Aburrá con el aumento actual y significativo de los habitantes del territorio.

Sin embargo, después de realizar un análisis detallado se puede concluir que El Plan de Ordenamiento territorial de Sabaneta, no se encuentra en concordancia con Ley 388 de 1997 y no integra la problemática social actual: violencia, inseguridad, ingobernabilidad; el aumento de sus habitantes ni los problemas relacionados con el manejo del espacio público y la gestión ambiental, por lo que no se traduce en una herramienta de ayuda de la Administración pública que le permita plantearse el territorio como un todo alcanzando la sostenibilidad de la mano del bienestar social. Sumado a esto, es claro que no contempla oportunidades

de optimización del espacio que disminuyan el impacto negativo del aumento en el número de construcciones en la zona y que plantee la manera en la que confluyan lo urbano y lo rural como determinantes para la sostenibilidad.

Referencias

- Aguilera, F. (2010). Aplicación de métricas de ecología del paisaje para el análisis de patrones de ocupación urbana en el Área Metropolitana de Granada. *Anales de Geografía*, 30(2), 9–29.
- Congreso de la República de Colombia (11 de Enero de 1989). Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.. [Ley 9 de 1989]. DO: 38650. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1175>
- Congreso de la República de Colombia (12 de Septiembre de 1997). Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. [Ley 388 de 1997]. DO: 43127. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997.html
- Constitución Política de Colombia 1991. Temis 9ª Edición.
- Fadigas, L. (2009). La Estructura Verde En El Proceso De Planificación Urbana. *Ciudades*, 12, 33–47.
- Martínez Arango, R. (2016). Sabaneta, ahogada por el alto número de proyectos de vivienda. Recuperado de [ww.elcolombiano.com/antioquia/sabaneta-busca-con-el-area-salidas-al-caos-vial-GA5673109](http://www.elcolombiano.com/antioquia/sabaneta-busca-con-el-area-salidas-al-caos-vial-GA5673109)
- Massiris Cabeza, Á. (2012). Procesos de ordenamiento en América Latian y Colombia. *Procesos de Ordenamiento En América Latina Y Colombia*, 13–30. Re-

- cuperado de <http://www.facartes.unal.edu.co/otros/ProcesosOrdenamientoAmericaLatinaColombia.pdf>
- Mendez Casariego, H., & Pascale Medina, C. (2014). Ordenamiento Territorial.
- Montoya, G. L. Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de SABANETA, Pub. L. No. Acuerdo 22 de 2009 (2009).
- Remolina-Angarita, F. (2011). Figuras municipales de conservación ambiental en Colombia : ¿ áreas protegidas , redes ecológicas o infraestructuras verdes ? Revista Nodo, 6(11), 65–76.
- Restrepo, M. del P. (2007). Plan Maestro de Espacios Públicos Verdes Urbanos de la Región Metropolitana del Valle de Aburrá.”. ... Público Verde Urbano En La Región Metropolitana Del ..., (2006), 145–153. Recuperado de <http://scholar.google.com/scholar?hl=en&btnG=Search&q=intitle:Plan+Maestro+de+Espacios+P?blicos+Verdes+Urbanos+de+la+Regi?n+Metropolitana+del+Valle+de+Aburr?.%22#0>
- Smith, R., & Pérez, J. (2016). Directrices Metropolitanas de ordenamiento territorial. Acuerdo Metropolitano N° 15 2016.
- Subirós, J., Varga, D., Llausas, A., & Ribas, A. (2006). Conceptos y métodos fundamentales en ecología del paisaje (landscape ecology). Documents de Anàlisi Geogràfica, 48, 151–166. Recuperado de [http://scholar.google.com/scholar?hl=en&btnG=Search&q=intitle:Conceptos+y+m?todos+fundamentales+en+ecolog?a+del+paisaje+\(+landscape+ecology+\)+.#3](http://scholar.google.com/scholar?hl=en&btnG=Search&q=intitle:Conceptos+y+m?todos+fundamentales+en+ecolog?a+del+paisaje+(+landscape+ecology+)+.#3)

Análisis del ciclo operacional empresa social del estado hospital marco fidel suárez periodo 2015*

*Jobana Quiceno López***

*Marisol Carvajal Giraldo****

Resumen

En este artículo se espera mostrar la importancia del análisis financiero de la E.S.E. Hospital Marco Fidel Suárez como resultado de fuente de información útil para la toma de decisiones y la adecuada gestión organizacional. El ciclo operativo como el periodo que transcurre en la adquisición del inventario y la cobranza de las cuentas por cobrar, y elemento residual del ciclo de efectivo es el método utilizado en este escrito, pues permitirá interpretar la funcionalidad del capital circulante y brindará un concepto del estado actual de la organización. El análisis e interpretación de la información contable es importante hoy por hoy en la toma de decisiones, puesto que permite proyectar estrategias a posibles problemas o aprovechar circunstancias positivas empresariales.

El mercado globalizado y cambiante que se enfrenta en la actualidad, ha exigido a los gerentes un mayor compromiso con los recursos que controlan buscando cumplir el objetivo financiero a cabalidad, por tanto se presentará el análisis del ciclo operativo de la E.S.E. Hospital Marco Fidel Suárez sus interpretaciones y causales a las dificultades financieras y administrativas que atraviesa y recomendaciones a su futuro funcionamiento. La metodología, es de carácter documental, descriptivo y cuantitativo con base a la información financiera suministrada por la entidad por fuentes primarias y secundarias.

Palabras clave: Ciclo Operativo, Análisis Financiero, Estructura Financiera, toma de decisiones.

* El artículo es resultado de semillero de investigación análisis financiero empresarial coordinado por el profesor Farley Sary Rojas Restrepo del programa de Contaduría Pública de la Universidad Católica Luis Amigó, perteneciente al proyecto de investigación: Utilidad de la Aplicación de la Gerencia del Valor en la Contabilidad Pública de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) del Área Metropolitana de Medellín: Caso Hospital Venancio Díaz Díaz y Hospital Marco Fidel Suárez del Grupo de Investigación Contas. Correo: Farley.rojasre@amigo.edu.co

** Estudiante del programa de Contaduría Pública de la Universidad Católica Luis Amigó, octavo semestre, perteneciente al semillero de investigación análisis financiero empresarial, del grupo de investigación Contas.

*** Estudiante del programa de Contaduría Pública de la Universidad Católica Luis Amigó, séptimo semestre, perteneciente al semillero de investigación análisis financiero empresarial, del grupo de investigación Contas

Operational analysis cycle of Hospital Marco Fidel Suárez social enterprise, 2015

Abstract

This article pretends to show the financial analysis importance of the “ E.S.E. Marco Fidel Suárez Hospital” as a result of useful information source for decision making and adequate organizational management.

The operating cycle as the period that takes place in the acquisition of inventory and collection of accounts receivable, and residual element of the cash cycle is the method used in this paper, since it will allow the interpretation of the current working capital and provide a concept of the current state of the organization.

The analysis and interpretation of accounting information is important today in decision making, since it allows projecting strategies to possible problems or taking advantage of positive business circumstances.

The globalized and changing market that faces today, has demanded the managers a greater commitment with the resources that control looking for to fulfill the financial objective to full, therefore will be presented the analysis of the operative cycle of the “E.S.E. Hospital Marco Fidel Suárez” his interpretations and causes to the financial and administrative difficulties that he goes through and recommendations to his future operation.

The methodology is documentary, descriptive and quantitative based on the financial information provided by the entity by primary and secondary sources.

Keywords: Operational Cycle, Financial Analysis, Financial Structure, decision making.

Introducción

La teoría clásica administrativa revela una serie de funciones básicas empresariales englobadas en las cuatro funciones administrativas que reflejan la cadena del ciclo operacional de la organización, a medida que la repetición del fenómeno económico en forma periódica ejecuta el objeto social de la organización, se desarrollan las actividades del ciclo operacional; es sin lugar a dudas, un proceso fundamental de la ciencia económica. Bravo, Lambretón & Márquez (2007) definen el ciclo de operativo como “El conjunto de actividades que realiza una empresa con el fin de lograr sus objetivos a través de la satisfacción de sus clientes” (p.19). En las empresas el ciclo operacional se base en la compra, venta, cobranzas y pagos; durante el desarrollo de este análisis se pretende conocer a fondo el ciclo operacional de la Empresa Social del Estado Hospital Marco Fidel Suarez del Municipio de Bello Antioquia, el cual su objetivo primordial es la de proveer servicios de salud enfocados en la calidad y la atención oportuna.

En este manuscrito se pretende desarrollar un análisis a los estados financieros comparativos a 31 diciembre 2015-2014 de la E.S.E. Hospital Marco Fidel Suárez con el fin de conocer la estructura y situación financiera y el ciclo operacional; el análisis se realizó por medio de indicadores financieros que permitieron deducir el comportamiento de la entidad con respecto a los objetivos que debe cumplir en razón a su objeto social.

Es importante resaltar la razón de ser de una Empresa Social del Estado, que es el incremento del bienestar social, por tanto los servicios prestados no son con el fin comercial de generar rentabilidad sino de satisfacer las necesidades de salud de la comunidad; lo anterior es un factor muy importante al momento del cálculo de los indicadores y por lo tanto debe ir acompañado de un análisis que permite tener una idea objetiva de la situación financiera

del Hospital Marco Fidel Suarez. Tal como lo plantea Rojas (2015):

Realizar un diagnóstico al análisis financiero, contable, presupuestal y fiscal, se convierte en una herramienta fundamental para evaluar los factores que inciden en la gestión, la administración de los recursos públicos, la transparencia de las cuentas y la hacienda pública. (p. 164).

1. Estructura financiera

La estructura financiera es la representación económica de una organización, también se puede comprender por medio de la ecuación contable, esta se construye a partir de la información que arrojan los hechos económicos de la empresa. Según Rivera (2006), la estructura financiera de una empresa se define como “la combinación de recursos financieros que utiliza la organización para llevar a cabo su objeto social”. (p.144). Por ende, la estructura financiera de una empresa es la combinación de diversos niveles de actividades sujetas a la operación de una organización en materia de financiación e inversión.

Asimismo afirma Rivera (2006) que “la composición de la estructura financiera [...] obedece a la diferencia en cuanto a la actividad económica, ciclo de vida del negocio, nivel tecnológico, tamaño, rentabilidad, volatilidad de los ingresos, tangibilidad de los activos, etc.”. (p. 144).

La estructura financiera considera como variables fundamentales y determinantes la deuda y el capital, reflejándose la primera en el aumento del pasivo de la empresa y el capital que afecta directamente el patrimonio de los accionistas.

Existen dos teorías que se han conocido sobre el debate de la estructura financiera de la empresa, las cuales incorporan nuevas variables para explicar las decisiones de financiamiento de las organizaciones; en primer lugar

se encuentran los costos de agencia (Jensen & Meckling, 1976, p.315), que se considera como la pérdida de valor que se produce en la organización, en consecuencia de la falta de asociación entre los intereses de los accionistas de la empresa y el de los gerentes en su función de administradores; por tal motivo la combinación de los costos de financiación de estos dos agentes se crea en la organización una estructura financiera óptima; por otra parte está la asimetría de información (Myers & Majluf, 1984, p.192) la cual se refiere al suceso en que uno de los agentes puede estar mejor informado que el otro agente; en cuanto a la toma de decisiones sobre financiación como un mecanismo de señalización.

La estructura económica de una empresa permite medir el desempeño financiero de una entidad, conocido como análisis financiero el cual es definido según Correa, Castaño y Ramírez (2010) como “un proceso que interpreta y estudia la situación económico-financiera de un ente económico, no sólo desde un punto si no de manera completa, contextualizada y estructural” (p. 188).

2. Analisis financiero

El análisis financiero también es definido por García & Ceja (2013) como “El examen, la comparación, distinción y síntesis de las condiciones, elementos, propiedades y características financieras de una organización” (p.3), es decir, el análisis financiero es una prueba que mide niveles económicos organizacionales, examina sus elementos con el fin de establecer relaciones, diferencias o semejanzas y permite fundamentar ideas o imaginarios de la situación económica de la empresa.

De igual forma, Hernández (2005), define el análisis financiero como una “Técnica de evaluación del comportamiento operativo de una empresa, que facilita el diagnóstico de la situación actual y la predicción de cualquier acontecimiento futuro; a su vez está orientado

hacia la consecución de objetivos preestablecidos” (p.1); de las siguientes definiciones se puede deducir que el análisis financiero es un instrumento gerencial que permite visualizar en forma más detallada y con funcionalidades de la organización en miras a predecir y generar estrategias organizacionales con el ideal de contribuir al buen desempeño de la organización, y como instrumento de análisis permite evaluar la gestión de los administradores por parte de los accionistas.

Para realizar el análisis financiero de la empresa ha surgido en la historia diversos métodos, algunos de ellos y entre los más comunes, está el análisis estructural de estados financieros conocido como el método de análisis horizontal y vertical y el análisis a través indicadores financieros, en el que se incluyen los indicadores de liquidez, endeudamiento, operación y rentabilidad. (Correa, Castaño & Mesa, 2010).

El análisis de las masas financieras es otro método de análisis financiero que tiene como objetivo resumir y traducir la información contable en información fundamental financiera. Esta se organiza en grupos de información útil para encontrar realizaciones económicas y financieras con la situación organizacional, (Hermosilla, 2002). También se encuentra el método de distinción entre lo operativo y lo financiero, el análisis de los flujos de fondos, el cual permite valorar la empresa e identificar el estado operativo de la organización por medio del análisis del flujo de las cuentas por cobrar, los proveedores y los de inventarios, adicionalmente está el análisis para generar dividendos y finalmente el análisis financiero integral además de otras modalidades de análisis individual de elementos de la información financiera como los inventarios, la cartera y los costos de oportunidad financieros. (Correa, Castaño & Mesa, 2010) .

Como se mencionó anteriormente el objetivo de este escrito es evaluar la situación fi-

nanciera del Hospital Marco Fidel Suarez, con el fin de establecer la utilidad en la generación de valor para los ciudadanos y evidenciar la efectividad en la administración de los recursos públicos que delega el Estado. El método que utilizaremos para evaluar la situación financiera del Hospital, es el ciclo operativo organizacional.

3. Ciclo operativo

El ciclo operativo es definido como.

[...] una medida de tiempo que transcurre entre la compra de materias primas para producir los artículos y el cobro del efectivo como pago de la venta realizada, está conformado por elementos determinantes de la liquidez: Ciclo de conversión de inventarios y Ciclo de conversión de cuentas por cobrar, se puede entender que el ciclo operativo de la empresa representa el periodo de mantenimiento de stop del capital de trabajo en plazos promedios de pago o cobro. (Gitman, 2007, p. 442).

Este mismo autor resalta que el ciclo operativo está inmerso en la siguiente ecuación El ciclo de caja = El ciclo operativo - El ciclo de pagos, lo que por lógica se entendería también

como El ciclo operativo = El ciclo de caja - El ciclo de pagos, o sea que el ciclo operativo es la diferencia resultante entre el flujo de efectivo y el tiempo promedio de cobro de las cuentas por cobrar y las cuentas por pagar.

Otros autores denominan el ciclo operativo como:

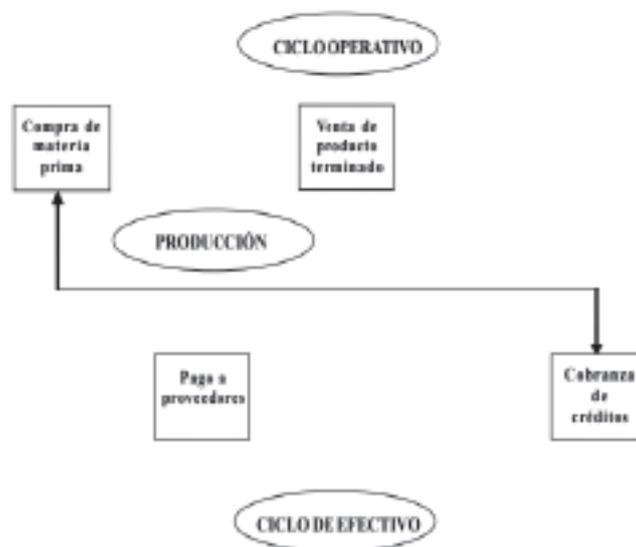
[...] el tiempo durante el cual se congelan los activos circulantes de la empresa; esto es el plazo necesario para que el efectivo sea transformado en inventario, que a su vez se transforma en cuentas por cobrar, que se vuelven a transformar en efectivo. (Brealey & Myers, 1995, p.406).

Varios de los autores consultados coinciden con los conceptos anteriormente descritos, a continuación haremos una distinción con el ciclo de efectivo puesto que se pueden presentar algunas confusiones, con la relación directa que existe entre los ingresos y los egresos de dinero. Puesto que el ciclo de efectivo es según Rizzo (2007) “el periodo que transcurre desde que se realizan los pagos a proveedores hasta que se realizan las cobranzas del efectivo”. (p. 104).

Tal como se muestra en la siguiente figura la estructura del ciclo operativo.

Figura 1. Ciclo Operativo

Figura 1. La relación existente en el ciclo operativo y en el ciclo de efectivo (Rizzo, 2017)



Fuente: Rizzo, 2007; p. 104

En la figura 1 se puede observar que el ciclo operativo comienza inicialmente con la compra de materia prima para realizar la producción seguidamente se ejecuta el intercambio de los productos en el mercado a los consumidores con el fin de satisfacer sus necesidades. Para Rizzo (2007):

Estas actividades se puedan realizar la organización necesita del ciclo de efectivo que representa el pago a los proveedores para comprar los insumos y la cobranza de los créditos producto de las ventas. En esta figura también encontramos la definición de capital neto de trabajo que representa los activos corrientes y pasivos corrientes que representan las necesidades para operar la organización, una gestión eficiente del capital de trabajo garantiza el cumplimiento del objetivo básico financiero maximizar las utilidades de los inversionistas. (p. 104)

El ciclo operativo es el método que se escogió puesto que permite determinar la política de inversión y el riesgo que la empresa asume al no disponer del suficiente efectivo para realizar sus operaciones, estas necesidades de capital de trabajo dependen de la duración del ciclo de explotación o ciclo operativo, es por tal motivo que el ciclo operativo determinará el grado de manejo eficiente de los recursos por parte de los gerentes.

Las necesidades de capital de trabajo pueden variar según el tipo de empresa, pues hay diferentes factores que pueden intervenir, entre ellos se puede mencionar la naturaleza general del tipo de empresa, el tiempo requerido para prestar el servicio o producto y el tiempo para obtener los insumos o materias prima, el volumen de las ventas y el servicio, la condición de venta o pres-

tación de servicio este puede ser de contado o a crédito, la rotación de los inventarios, la rotación de las cuentas por cobrar, el ciclo del negocio.

4. Resultados

4.1 Análisis e Interpretación ciclo operativo E.S.E Hospital Marco Fidel Suárez

El conocimiento del ciclo operativo de una empresa es imprescindible para establecer el capital de trabajo necesario, este análisis permitirá verificar el estado actual de la organización, determinar el valor para los accionistas, demostrar y evaluar la acción de los administradores y, lo más importante, crear estrategias y planes de acción que permitan que el negocio cumpla con el objetivo básico financiero.

Para poder operar la empresa necesita capital de trabajo y para determinar esta necesidad Demestre, Castells & González (2006), proponen algunos procedimientos, dentro de los que se encuentran: cálculo de los períodos que conforman el ciclo operativo; conversión de los períodos anteriores a días de ventas, determinados a precio de venta; cálculo del número de días de venta a precio de venta a financiar; conversión en dinero de los días a financiar para establecer las necesidades de capital de trabajo; y métodos para el cálculo del capital de trabajo necesario.

Para realizar el cálculo de los periodos que conforman el ciclo operativo y determinar el promedio de compra de inventario y la conversión de las cuentas por cobrar, es necesario tener la siguiente información del Balance General y del Estado de Resultados a 2015.

Tabla 1. Datos financieros Hospital Marco Fidel Suárez

Partida	Inicial	Final	Promedio
Inventario	870.441	1.414.034	1.142.238
Cuentas por Cobrar	34.799.617	49.980.902	42.390.260
Cuentas por Pagar	17.958.637	28.007.945	22.983.291
Ventas Netas	-	90.462.604	-
Costo de bienes / servicios	-	72.014.430	-

Fuente: Elaboración propia de los autores con base en estados financieros del Hospital Marco Fidel Suárez e informes a la Contaduría General de la Nación 2014-2015.

Análisis del ciclo operacional empresa social del estado hospital marco fidel suárez periodo 2015

Luego, de contar con la información de los Estados Financieros de propósito general es necesario aplicar algunas de las siguientes razones financieras, tales como:

Rotación de Inventario	Costo de Ventas	72.014.430	63,05	Veces
	Inventario Promedio	1.142.238		
Periodo de Inventario	365 Días	365	5,79	Días
	Rotación del Inventario	63		
Rotación de Cuentas por Cobrar	Ventas a Crédito	90.462.604	2,13	Veces
	Cuentas por cobrar promedio	42.390.260		
Periodo de Cuentas por Cobrar	365 Días	365	171,04	Días
	Rotación de Cuentas por Cobrar	2		
Ciclo Operativo	Periodo de Inventario	5,79 Días		
	Periodo de Cuentas por Cobrar	171,04 Días		
	Total días Ciclo operativo	176,83 Días		
Rotación de Cuentas por Pagar	Costos de Ventas	72.014.430	3,13	Veces
	Cuentas por pagar promedio	22.983.291		
Periodo de Cuentas por Pagar	365 Días	365	116	Días
	Rotación de Cuentas por Pagar	3		
Ciclo Efectivo	Ciclo Operativo	177 Días		
	Menos Periodo de Cuentas por Pagar	116 Días		
	Ciclo Efectivo Operacional	60 Días		

Con base en los resultados de la información financiera de la E.S.E Hospital Marco Fidel Suarez, se puede observar que la razón de rotación de inventarios expresa que se compró y se vendió el inventario 63,05 veces durante el año, por tanto el inventario en promedio se mantuvo 5,79 días antes de venderse. El inventario en el hospital representa los insumos y materiales para la prestación del servicio a

los usuarios, como los medicamentos, material médico quirúrgico, material de ortopedia, material de laboratorio y papelería.

El sistema de inventarios tiene como política contable la determinación del costo de la mercancía vendida por la Institución a los usuarios, por el sistema permanente y el método de valoración empleado es el promedio ponderado.

En el año 2015 el hospital adoptó la política de no rehuso y se compra material médico quirúrgico por paciente, dando un solo uso por paciente; ya no se esterilizan y se desechan. El material se compra para 45 días para dejar el tiempo de reposición de 8 días. En Colombia existe normatividad del rehuso de los diferentes materiales médicos, estos responden a unos factores de riesgos que estos materiales representan para la población. Esta política presenta una estrecha relación con el periodo de inventario encontrado en la razón financiera.

Es así que la política responde a mejorar la calidad en la prestación de los servicios en salud de manera eficiente, con la adecuada utilización de los recursos y minimizando los riesgos para los usuarios y operarios del mismo propendiendo por la seguridad de la atención en salud, como indican los antecedentes legales en la resolución 1441 de mayo 6 de 2013 y la resolución 2003 de 2014, por el cual se definen los procedimientos y condiciones que se deben cumplir los prestadores en servicios en salud para habilitar los servicios.

El 99% de las compras de medicamentos y material médico quirúrgico del E.S.E Hospital Marco Fidel Suarez, se realizó a través de la plataforma de Bionexo, logrando minimizar costos sin afectar la calidad de los insumos y su oportunidad de entrega.

En teoría el periodo de inventario para el hospital es favorable, pero en realidad este periodo de inventario está ligado directamente a la prestación de servicios y al compromiso social al que responde el Hospital como E.S.E, por tal razón la facturación de estos servicios deben ser de contado y no a crédito para no crear un desequilibrio en la balanza del ciclo operativo, en contrapartida se encontró la rotación de cuentas por cobrar que hacen referencia a servicios al régimen contributivo, subsidiado y a la atención de accidentados que representan las ventas a crédito que pagan con varios días de mora, lo cual se analizara a continuación.

Por consiguiente, la rotación de las cuentas por cobrar equivale a 2,13 veces; y el periodo de cuentas por cobrar es 171,04 días; lo que indica que los clientes tardaron aproximadamente 5 meses en promedio en pagar. El sector salud cuenta con clientes, está inmerso en garantizar el derecho fundamental al ciudadano por constitución, en ningún caso el hospital no podrá garantizar la prestación del servicio esto le ocasiona al hospital que tenga que implementar estrategias en el cobro de la cartera de manera eficiente puesto que puede afectar la correcta operación del hospital.

Los valores más representativos de los deudores del hospital son el plan obligatorio de salud POS – EPS F.R por \$17.066.713, el plan obligatorio de salud POSS – EPS F.R por \$16.047.631 y la atención de accidentes tránsito de compañías de seguros F.R.

El Plan Obligatorio de Salud “POS”, es el eje del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS, que corresponde al paquete de servicios básicos en las áreas de recuperación de la salud, prevención de la enfermedad y cubrimiento de ingresos de manera transitoria -prestaciones económicas- cuando se presenta incapacidad de trabajar por enfermedad, accidentes o por maternidad.

Estas carteras son obligatorias, puesto que las entidades territoriales de conformidad con la Ley 715 de 2001, tienen la obligación de gestionar los servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad. Asimismo, se hace necesario mejorar los procedimientos de cobro, verificación y control y pago de los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS que se suministran a los afiliados del régimen subsidiado de salud, de tal forma que se agilice el flujo de recursos de las entidades territoriales a los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos que brindan estos servicios y tecnologías.

El ciclo operativo del hospital es de 176,83 días, lo cual indica el momento en que se ad-

quiere el inventario y, después de venderlo se cobra la venta. El flujo de operativo es negativo, está atenta con las operaciones de la empresa puesto podrían enfrentarse a dificultades financieras que podrían ocasionar el cierre de la operación.

Cuando el capital circulante que es el corazón de la compañía empieza a presentar fallas se empieza a hacer uso de otros órganos de la empresa como pueden ser venta de activos fijos, créditos financieros a largo plazo o acuerdo con proveedor con altos costos de materiales.

5. Discusión

Otros aspectos que intervienen en el ciclo operativo de la empresa es la situación actual que atraviesa el hospital es el no pago a los médicos especialistas, un comunicado de la de la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud informa que se suspendieron los servicios de anestesiología, cirugía, ginecología, otorrino y pediatría del hospital, debido a una cartera morosa correspondiente a un año de facturación y se publica y propone que otros médicos no acepten laborar en el hospital hasta que no se cancele y se cumplan los acuerdos de pago con los especialistas que han laborado en el hospital. (Echeverri, 2016).

Fedsalud como organización sindical de segundo grado agrupa sindicatos gremiales de profesionales y trabajadores del sector salud, establecido para promover y defender el trabajo digno y humanizante mediante la fortaleza que da la unidad, desarrolla acciones de representación de los afiliados a los sindicatos gremiales ante las entidades contratantes, independientemente de la modalidad contractual establecida en cada institución, bajo los criterios de concertación, mutuo beneficio, productividad y buen servicio.

Esta crisis financiera por la que atraviesa el hospital como consecuencia de sus altas rubros en cuentas por cobrar ha creado polémica a ni-

vel gubernamental y ha solicitado respuesta a la administración de la problemática presente de cual se menciona en periódico el Tiempo (2016) lo siguiente:

El gerente hizo un llamado a las EPS para que se pongan al día con sus obligaciones, pues la mitad de la cartera vencida corresponde a más de un año, un servicio prestado está siendo pagado casi nueve meses después.

“Este hospital es muy importante, porque atiende unas 10.000 personas al mes. Las EPS que más deudas tienen con el hospital de Bello son Savia Salud (\$12.000 millones), Nueva EPS (\$7.500 millones), Coomeva (\$6.000 millones), Caprecom, (5.000 millones) y Saludcoop (4.200 millones)”. (p.2).

En el primer párrafo del artículo periodístico se puede confirmar la rotación de las cuentas por cobrar, que se calcularon anteriormente. De este indicador se deduce que el hospital está sacrificando la rentabilidad organizacional, puesto que una adecuada administración implica una adecuada utilización de los recursos y un mayor beneficio para la sociedad, por lo contrario poca liquidez ocasionará altas y acumuladas cuentas por pagar por la búsqueda de fuentes de financiación externa, para responder a obligaciones de operación.

La tasa de margen operativo que se encuentra en el hospital responde a grandes niveles de pacientes que buscan el servicio que como derecho fundamental del ciudadano es suministrado por el Estado; este servicio es operado por las EPS que presentan varias cargas por pagar a los hospitales como medio para tal fin. Dentro del régimen presupuestal y las transferencias que dispone el Estado para garantizar este derecho hay causales de corrupción y abuso de recursos.

Por tanto mientras que haya un uso razonable y eficiente de estos recursos y a su vez se preste un servicio de calidad enfocados a modelos económicos como la calidad total se

considera que habrá una rentabilidad no tanto económica sino social, que responderá a que todas las áreas de la empresa generan valor y se eliminarán los cuellos de botella que se presentan.

Para superar la crisis, el Ministerio de Salud y de la Protección Social presenta el balance sobre las medidas del plan de choque para mejorar la liquidez y el flujo de recursos a la red prestadora de servicios de salud.

La cartera del hospital es un elemento muy importante que tiene una empresa para administrar el capital de trabajo. Los servicios prestados a las EPS implican que se paralice los recursos. La gestión de cartera debe ser una política eficiente y primordial para una empresa. De la eficiencia con que se administre depende el aprovechamiento y uso de los recursos de la empresa.

Conclusiones

El análisis del ciclo de operativo del hospital como E.S.E. se puede deducir que su rotación de inventarios responde a la prestación de servicios en salud que en ningún caso puede ser negado a la ciudadanía y hace parte del derecho fundamental a garantizar el servicio en salud; por temas de seguridad los instrumentos hospitalarios no se rehúsan.

Además, la rotación de inventarios de la E.S.E permite interpretar que entre más alta sea esta, significa que las mercancías permanecerán menos tiempo en el almacén, lo que será consecuencia de una buena administración y gestión de los inventarios, puesto que las políticas de inventarios del hospital deben conducir a conseguir una alta rotación de inventarios, para así lograr maximizar la utilización de los recursos disponibles.

Por tanto, el ciclo operativo es negativo en el hospital porque la rotación de las cuentas por cobrar es elevada, para esto el hospital debe implementar y fortalecer las políticas de la recuperación de cartera. En cuanto a políti-

cas internas de las aseguradoras, estas no cancelan el valor total de la facturación radicada, lo que castiga la cartera institucional. Otro punto son las Empresas en liquidación cuyo proceso de finalización, retrasa el pago de la cartera.

Se están presentando cuellos de botella en las actividades de operación del Hospital. Los deudores se encuentran encerrados en la mayor parte por el Estado Colombiano, quien por materia de presupuesto, pago y designación es el mayor moroso de la entidad. El ciclo operativo afecta directamente el ciclo de efectivo en medida que no cuenta con suficiente liquidez para cancelar las cuentas por pagar como es la nómina del hospital y a sus proveedores.

El equilibrio financiero en materia de cartera no se maneja de manera eficiente en el hospital, debido a los siguientes puntos: El proceso de cobro de las glosas, estuvo afectado por las políticas de operación externa por parte de las aseguradoras; no cumplimiento de los compromisos de pago por parte de las entidades responsables de pago, la E.S.E presenta cartera de difícil cobro de vigencias anteriores, la E.S.E tiene cartera de empresas que se encuentran en procesos de liquidación y atención a usuarios no asegurados, los cuales no tienen capacidad de pago.

El hospital tiene que recibir urgentemente los recursos que le adeudan los diferentes pagadores para continuar con su operación, esta es una situación que le compete al Gobierno y que debe asegurar su cumplimiento. A la E.S.E se le recomienda diseñar un plan de gestión de cobro que garantice la sostenibilidad Financiera del Hospital a través de la actividades pendientes al recaudo de cartera a cada una de las diferentes entidades prestadoras de servicios de salud (Subsidiada, Contributiva, Particulares y Aseguradoras) en forma oportuna, que permita un flujo de caja adecuado y garantizado para que el Hospital cumpla con sus obligaciones económicas.

Se observó durante el análisis y el estudio del resultado de los indicadores que la crisis que presenta el hospital hoy por hoy es a causa de no contar con suficiente liquidez para operar y por lo tanto genera el siguiente interrogante ¿El hospital como empresa social del Estado si cumple sus objetivos legislativos y, lo más importante, satisface las necesidades y genera utilidad social para el Estado colombiano?

Referencias

- Bravo, M. L; Lambretón, V & Márquez, H; (2007). *Introducción a las Finanzas*, México DF, México, Pearson Educación.
- Brealey, R. A. y Myers, S. C. (1995). *Fundamentos de Financiación Empresarial*. Barcelona, España. Mc Graw Hill.
- Contaduría General de la Nación. (2016). *Información Contable Pública. Sistema Chip*, Min hacienda. Recuperado: http://www.chip.gov.co/schip_rt/index.jsf
- Correa, G., J., A., Castaño., R., C., E., & Mesa C., R., J. (2010). *Desempeño financiero empresarial en Colombia en 2009: un análisis por sectores*. Perfil de Coyuntura Económica, (15), 149-170. Retrieved November 3, 2016, from: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-42142010000100008&lng=en&tlng=es.
- Correa, J., Castaño, C., y Ramírez, L. (2010). *Análisis financiero Integral: elementos para el desarrollo de las organizaciones*, Lumina, 11, 180-193.
- Demestre, A., Castells, C., & González, A. (2006). *Decisiones financieras, una necesidad empresarial*. La Habana: Ed. Publicentro.
- Echeverri, M. (6 de septiembre de 2016). *Comunicado de Prensa*. Fedesalud. Recuperado de http://nuevo.formacionfedesalud.com/images/comunicado_hmfs.pdf
- García, V. & Ceja, J. (2013). *Propuesta de análisis financiero integral*. Contribuciones a la Economía, Recuperado de <http://www.eumed.net/ce/2013/analisis-financiero.html>
- Gitman, L., J. (2007). *Principios de administración financiera*, México DF, México, Pearson Educación.
- Hermosilla, J. (2002). *El método de masas financieras: una alternativa de análisis de estados financieros*, Rev Universidad Católica de Valparaíso, 11(3), 1-13.
- Hernández, J. (2005). *Análisis Financiero*. Perú. Recuperado de: www.gestiopolis.com/canales5/fin/anfinancier.htm. Consulta: 07 de Septiembre de 2016.
- El Tiempo. (2016). *Hospital Marco Fidel Suárez de Bello cerró el 70 % de servicios*. (14 de septiembre de 2016), p. 2
- Hospital Marco Fidel Suárez. (2012). *Plan de Desarrollo Institucional 2012 - 2016*. Medellín: Autor. Recuperado de <http://www.hmfs.com.co/web/pdf/calidad/plandedesarrollo/PLANDEDESARROLLO.pdf>
- Hospital Marco Fidel Suárez. (2014). *Políticas Institucionales*. Medellín: Autor. Recuperado de <http://www.hmfs.com.co/web/index.php/about-us/politicas-institucionales>
- Hospital Marco Fidel Suárez. (2016). *Estados Financieros 2015-2016 comparativos*. (1), 1-16.
- Jensen, M. and W. H, Meckling (1976). "Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure", *Journal of Financial Economics*, No. 3, pp. 305-360.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). *Plan Obligatorio de Salud*. Me-

dellín: Autor. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/pos.aspx>

- Myers, S. C y Majluf N. S. (1984). “Corporate financing and investment decisions when firms have information that investors do not have”, *Journal of Financial Economics*, No. 13, pp. 187-221.
- Rivera, J. A. (2006). *Introducción a la Administración Financiera. Fundamentos y aplicaciones para crear valor*. Facultad de Ciencias de la Administración. Universidad del Valle.
- |, M., M. (2007). El capital de trabajo neto y el valor en las empresas. La importancia de la recomposición del capital de trabajo neto en las empresas que atraviesan o han atravesado crisis financieras, *Revista EAN*, 61, 103-122.
- Rizzo, M., M. (2007). La relación existente en el ciclo operativo y el ciclo de efectivo. [Figura 1]. Recuperado de <http://journal.ean.edu.co/index.php/Revista/article/viewFile/421/415>
- Rojas, Restrepo, F. S. (2015). *Marco de Referencia de la Contabilidad Pública Gubernamental: Diagnóstico del cumplimiento de los planes de saneamiento fiscal, financiero y contable de los Municipios priorizados por el departamento de Antioquia*. Contaduría Universidad de Antioquia, 66, 161-174.

Guía para los autores

Las personas que envíen artículos para cualquiera de las publicaciones de la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA, con el fin de ser publicado, deben acompañar los textos de una constancia firmada que indique que los textos son inéditos y de su autoría y que no ha sido publicado o propuesto en otro medio de divulgación. Esta cesión de artículo autoriza a la Corporación a publicar el artículo de manera impresa, en medio electromagnético o Internet.

Las personas interesadas en publicar en la revista “Escenarios Estudiantiles” de la Corporación Universitaria de Sabaneta deben cumplir con el lleno de los siguientes requisitos:

- Enviar el artículo inédito, en medio magnético, a la dirección de correo electrónico del editor direccion.investigaciones@unisabanta.edu.co, dirigido a José Saúl Trujillo G.
- El orden de los artículos debe ser el siguiente:
 - a. Título y Subtítulo (si lo hubiere) del artículo. Se señalará con un asterisco en el título, la naturaleza del artículo y el título de la investigación con un pie de página. Aquí se especificará si el artículo es un producto de investigación terminada. La entidad que ha financiado la investigación y la fecha de realización. Cuando se trate de investigaciones en curso el año en que esta inicio.
 - b. Los datos del autor deben señalarse con dos asteriscos en los nombres y apellidos completos de la siguiente manera:

Formación académica: Títulos obtenidos e instituciones que los otorgaron, cargo institucional actual, grupo de investigación (código Colciencias) al que se encuentra vinculado y línea de investigación, así como dirección de correo electrónico.
- En una hoja del texto debe escribirse un resumen analítico del artículo, en inglés y en español, no superior a 150 palabras en cada idioma, y de 6 a 10 palabras claves, en los dos idiomas.
- Introducción: En esta se debe incluir de manera breve la metodología que se expone en el desarrollo de la investigación y que da cuenta de los resultados del artículo que se pone a consideración. Desarrollo del artículo, conclusiones y lista de referencias.

- Los artículos deben tener un máximo de 25 cuartillas en tamaño carta, en letra Times New Roman 12 puntos, nota al pie 10 puntos o en Arial en las mismas dimensiones, debidamente justificado, a espacio y medio, con un margen en los cuatro bordes de 2.5 cm, tamaño carta.
- Es obligatorio el uso de citas y referencias bibliográficas en normas APA (Asociación Americana de Psicología) última edición. Las listas de referencias bibliográficas deben corresponder a fuentes utilizadas en el texto del artículo.
- En el evento de que el texto contenga cuadros en Excel, gráficos o diagramas, o presentaciones deben anexarse en un archivo aparte en Power Point o Word y en el caso de imágenes en formato jpg.
- Las páginas deben estar numeradas en el ángulo inferior derecho, empezando por la página del título.
- El envío de un artículo por parte del autor a la revista *Escenarios estudiantiles*, implica que él mismo certifica y pone de manifiesto que éste no ha sido publicado en cualquier otro medio ni del mismo modo se encuentra postulado para otra publicación, ni ha sido aceptado para su publicación en otra revista, transfiriendo de esta forma los derechos de autor a la revista *Escenarios estudiantiles*, para su respectiva publicación de forma impresa y electrónica.
- Cuando no se tenga vinculación con la Corporación, deberá anexarse un resumen de la hoja de vida.

La selección de artículos se hará a través de un comité editorial que de manera interna realizará su revisión interna sobre la tipología del artículo de conformidad a la categoría de Ciencias, cuando se trate de artículos originales. Cuando el artículo no corresponda a ninguna de las categorías o se ajuste a los requisitos abajo mencionados, será devuelto a su autor. De igual forma se realizará una revisión por un par externo, quien será escogido de manera discrecional por el comité editorial. Luego del concepto favorable del mismo o favorable con ajustes se procederá a una revisión final o sus ajustes respectivamente, por parte del autor para su publicación. En caso de concepto desfavorable, éste será devuelto a su autor.

Guide for authors

People who submit articles to any of the publications of the University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, in order to be published, must attach the texts to a signed statement indicating that the texts are unpublished and authorship has not been published or proposed in other means of disclosure. This article authorizes the Corporation to publish the article in print, on the Internet or electromagnetic means.

Those interested in publishing in the “Student Scenarios” of the University Corporation for Sabaneta must comply with the full requirements of the following:

- Send the unpublished paper, in magnetic media, to the email address of direccion.investigaciones@unisabaneta.edu.co, addressed to Jose Saul Trujillo G.
- The order of the articles should be:
 - a. Title and subtitle (if any) of the article. It shall be marked with an asterisk in the title, the nature of the article and the title of research with a footnote. Here you specify whether the item is a finished product research. The entity has financed the research and shooting date. In the case of ongoing investigations in the year this started.
 - b. The data of the author should be marked with two asterisks in the full names as follows:
Education: Titles and institutions that granted, institutional charge current , research group (Colciencias code) to which it is connected and online research and email address.
- On a piece of text should be written an analytical summary of the article in English and Spanish, not exceeding 150 words in each language, and 6-10 key words in both languages.
- Introduction: This should include briefly the methodology outlined in the research and development that accounts for the results of the article put into consideration. Development article, conclusions and list of references.
- Articles should have a maximum of 25 pages in letter size, font Times New Roman 12 pt, footnote 10 points or Arial in the same dimensions, duly justified, with double spacing, with a margin on all four edges 2.5 cm, letter size.

- It is mandatory the use of quotations and citations in APA standards (American Psychological Association) latest edition. The list of references must match the fonts used in the article.
- In the event that the text contains Excel tables, charts or diagrams, or Submissions must be attached in a separate file in Word and Power Point or in the case of images in jpg format.
- Pages must be numbered in the lower right corner, starting with the title page.
- The submission of an article by the author student Scenarios magazine, implies that he certifies and shows that it has not been published in any other medium or likewise is running for another publication, or has been accepted for publication in another journal, thereby transferring copyright to the student scenarios magazine for their respective publication in print and online.
- When there is no link with the Corporation, a summary of the resume must be attached.

The selection of items is done through an editorial committee that internally makes its internal review of the type of article according to the category of Colciencias, in the case of original articles. When the article does not correspond to any category or meets the requirements listed below, it will be returned to the author. Likewise, a review by an external pair, who will be chosen on a discretionary basis by the editorial committee, will be held. Following the same concept favorable or favorable with adjustments will proceed to a final review or adjustments respectively by the author for its publication. In case of unfavorable concept, it will be returned to its author.

Escenarios estudiantiles



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción - dos números
Colombia - ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y Suscripciones
Oficina Editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.

Escenarios estudiantiles



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción - dos números
Colombia - ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y Suscripciones
Oficina Editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.

Escenarios estudiantiles



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción - dos números
Colombia - ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y Suscripciones
Oficina Editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 - ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.



Escenarios estudiantiles
se terminó de imprimir en la
Editorial Artes y Letras S.A.S., en junio de 2017

