

**Efectos jurídicos de la Resolución N°. 5185 del 4 de diciembre de 2013, en lo referente a la liquidación de los contratos suscritos por las Empresas Sociales del Estado**

**Trabajo de grado para optar el título de Magister**

**Elcy Alvery Quiroz Varela**

**Maria Cecilia Ospina Gómez**

**Nelson Uriel Mosquera Castrillón**

**Asesor:**

**Juan Esteban Álzate Ortiz**

**Universidad Autónoma Latinoamericana**

**Facultad de Derecho**

**Maestría en Derecho Administrativo**

**Medellín**

**2018**

**CONTENIDO**

Resumen.....	4
Abstract.....	4
Introducción .....	5
Efectos jurídicos de la Resolución N° 5185 del 4 de diciembre de 2013 en lo referente a la liquidación de los contratos suscritos por las Empresas Sociales del Estado .....	6
Del proyecto de investigación.....	6
Justificación.....	6
Pregunta de investigación.....	10
Objetivos .....	11
Objetivo general .....	11
Objetivos específicos.....	11
Metodología .....	12
1. De la contratación de las Empresas Sociales del Estado.....	12
Generalidades .....	13
1.1 Las etapas de contratación en el derecho privado.....	13
1.2 Las etapas de contratación en el derecho público .....	18
1.3 Régimen jurídico de la contratación en las Empresas Sociales del Estado.....	22
1.4 Las etapas de contratación en las Empresas Sociales del Estado.....	24
1.5 Aplicación de principios contractuales, de la función administrativa y la gestión fiscal en la actividad de contratación de las Empresas Sociales del Estado.....	31
1.6 Principio de Igualdad: .....	32
1.7 Principio de moralidad administrativa: .....	34
1.8 Principio de eficacia: .....	37
1.9 Principio de economía:.....	38
1.10 Principio de celeridad:.....	44
1.11 Principio de imparcialidad: .....	45
1.12 Principio de publicidad: .....	46
1.13 Principio de coordinación: .....	48
1.14 Principio de legalidad:.....	49
1.15 Principio de prevalencia del interés general:.....	53

1.16 Principio del debido proceso: .....	54
1.17 Principio de planeación: .....	55
1.18 Principio de buena fe:.....	56
1.19 Principio de participación: .....	58
1.20 Principio de responsabilidad: .....	59
1.21 Principio de transparencia: .....	61
1.22 Principio de selección objetiva:.....	62
1.23 Principio de equivalencia económica del contrato:.....	63
1.24 Principio de libre concurrencia: .....	64
1.25 Principios de la gestión fiscal:.....	65
2. La Resolución N. ° 5185 de 2013.....	71
2.1 Las competencias del Ministerio de Salud y Protección Social en la expedición de reglamentos que cobijan las Empresas Sociales del Estado.....	72
2.2 El control de tutela .....	74
2.3 Delimitación normativa de la contratación de las Empresas Sociales del Estado, contenida en la Resolución N. ° 5185 de 2013 .....	81
2.4 Incidencia del artículo 13 de la Resolución N. ° 5185 de 2013, en la estructura de las Empresas Sociales del Estado y su capacidad para contratar.....	82
2.5 Configuración de causales de anulación respecto de la Resolución N. ° 5185 de 2013 .....	84
3. Conclusiones.....	91
4. Referencias .....	96

## Resumen

El tema central de esta monografía es analizar los efectos jurídicos de la Resolución N° 5185 del 4 de diciembre de 2013 en lo referente a la liquidación de los contratos que suscriben las Empresas Sociales del Estado, debido a que, el régimen contractual que dispuso el Congreso de la República para estas entidades es el derecho privado, así lo establece la Ley 100 de 1993 en su artículo 195, numeral 6.

Este estudio tiene como pretensión inicial identificar si es obligatorio que las Empresas Sociales del Estado liquiden los contratos que suscriben. Para ello se parte del análisis del artículo 13 de la Resolución N° 5185 del 4 de diciembre de 2013, emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, identificando si dicha liquidación se ciñe a lo regulado por el Estatuto General de Contratación o si por el contrario, la misma puede darse dentro del marco del derecho privado. Lo que conllevaría a estudiar si la figura de la liquidación existe en el ordenamiento jurídico regido por el derecho privado. Adicional a lo anterior, también se pretende identificar si el Ministerio de Salud y Protección Social desbordó sus competencias al regular este aspecto dentro del acto administrativo en mención, desconociendo las facultades que tiene el legislador para este asunto.

**Palabras Claves:** Empresas Sociales del Estado, Régimen Jurídico, Contratación, Liquidación de contratos, Potestad Reglamentaria del Ministerio de Salud y de Protección Social

## Abstract

The central theme of this monograph is to analyze the legal effects of Resolution N° 5185 of December 4, 2013 regarding the liquidation of the contracts signed by the State's Social Enterprises, due to the contractual regime established by the Congress of The Republic for these entities is private law, as established by Law 100 of 1993 in its article 195, numeral 6.

This study has as initial claim, to identify if it is mandatory for the State Social Enterprises to liquidate the contracts they sign, for this is part of the analysis of article 13 of Resolution N° 5185 of December 4, 2013, issued by the Ministry of Health and Social Protection, identifying if said liquidation is subject to what is regulated by the General Contracting Statute or if, on the contrary, it can occur within the framework of private law, which would lead to a study if said figure does exist in the latter legal order In addition to the above, it is also intended to identify if the Ministry of Health and Social Protection overflowed its powers to regulate this aspect within the administrative act in question, ignoring the powers that the legislator has for this matter.

**Keywords:** State Social Enterprises, Legal Regime, Contracting, Liquidation of Contracts, Regulatory Powers of the Ministry of Health and Social Protection

## **Introducción**

## **Efectos jurídicos de la Resolución N° 5185 del 4 de diciembre de 2013 en lo referente a la liquidación de los contratos suscritos por las Empresas Sociales del Estado**

### **Del proyecto de investigación**

#### **Justificación**

Los motivos que llevaron a elegir el tema objeto de esta monografía jurídica están relacionados con la actividad contractual que realizan las Empresas Sociales del Estado, entidades que están sometidas a un régimen especial de contratación como lo es el derecho privado, pero que, debido a que en las actividades que día a día ejecutan se ven involucrados recursos públicos, les implica ser objeto de vigilancia por parte de los entes de control y por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.

Se ha evidenciado que, pese a la flexibilidad que les otorga el ordenamiento jurídico a estas entidades, muchos de los Estatutos de Contratación que expiden las Juntas Directivas tiene un componente que despliega más el derecho público que el derecho privado; en la mayoría de los procedimientos de selección se logra ver como las etapas de los mismos contiene aspectos regulados en los procedimientos establecidos por el Estatuto General de Contratación Pública, al igual que las actuaciones contractuales y postcontractuales. Algunos Estatutos de Contratación que son ejemplo de lo que se acaba de indicar son: Acuerdo No 6 del veintidós (22) de agosto de 2014 mediante el cual se adopta el Estatuto y Manual Interno de Contratación de la Empresa Social del Estado Hospital Local de Piedecuesta; la Resolución N° 190 del treinta y uno (31) de julio de 2014 por medio de la cual se expide el Manual de los Procesos Contractuales acorde al

Estatuto de Contratación adoptado por la Junta Directiva del Hospital de Usme I Nivel E.S.E mediante Acuerdo No 07 de 2014; Resolución N° 122 del veintinueve (29) de mayo de 2012 por medio de la cual se adopta el Manual Interno de Contratación del Hospital El Tunal III Nivel E.S.E y el Acuerdo No 9 del cuatro (4) de junio de 2014 por el cual se adopta el Estatuto de Contratación del Hospital Santa Clara III Nivel de Atención E.S.E.

Lo anterior se puede dar por varios factores, dentro de ellos, las auditorías que realizan los entes de control, en las cuales muchas veces dentro de sus observaciones indican la no observancias de ciertas actuaciones que se centran más en lo que el Estatuto de Contratación General ha preceptuado que lo que realmente se dispone en los Estatutos de Contratación de estas Entidades, así como el desconocimiento de los actores que toman decisiones en las Empresas Sociales del Estado, pues dichas disposiciones, en muchas ocasiones van más ceñidas a lo que se estipula para una entidad que está sometida a un régimen estrictamente público, que a las permisiones y flexibilidades que les otorga la norma.

Algunos ejemplo que soportan esta situación son: El informe de auditoría gubernamental con enfoque integral realizado por la Contraloría General de la República a La Empresa Social del Estado Hospital San Rafael del Municipio de San Vicente del Caguán – Caquetá el cual indica en el punto 2.2.2 que el Manual de Contratación Interno no es real y funcional con las necesidades contractuales de la E.S.E pues la mayoría de los procesos contractuales se adelantan a través de la modalidad de contratación directa(Contraloría General de la República, 2011)y el informe de auditoría gubernamental con enfoque integral de la Contraloría General de la República al Hospital de Yopal el cual en el punto 2.3 Línea de Contratación indica entre otros que la manera

como se califican las ofertas en dicho Hospital, igualmente indica que el Estatuto de Contratación es demasiado laxo, flexible y permisivo, pues no prevé mayores controles y además tiene muchos vacíos especialmente en lo relacionado con los procedimientos para llevar a cabo la contratación directa.(Contraloría General de la República, 2011).

Otro factor importante que se quiere analizar, es la posible atribución de competencias por parte del Ministerio de Salud y Protección Social al expedir la Resolución N° 5185 del 4 de diciembre de 2013; pues en dicho acto administrativo fija una serie de lineamientos de obligatorio cumplimiento por parte de las Empresas Sociales del Estado al adoptar sus Estatutos de Contratación, ya que toma como referencia las etapas de contratación del derecho público, desconociendo como en el derecho privado se materializa la relación contractual a través de la oferta y aceptación de la oferta y posteriormente la suscripción del contrato, además en este régimen jurídico también se puede respetar los principios generales que rigen la contratación pública en los procedimientos de selección, como se podrá reflejar más adelante, sin embargo el Ministerio procedió a fijar ciertas etapas que van ligadas a las modalidades de contratación general y en las actuaciones postcontractuales impone la obligación de liquidar los contratos de las Empresas Sociales del Estado; lo que a todas luces puede desconocer esa libertad que desde la propia ley se está otorgando a esta clase de entidades.

Atendiendo esta última delimitación, se tratará de estudiar la manera como en la práctica se dan las negociaciones que realizan las personas de naturaleza privada y como finalizan las mismas, para con ello demostrar la manera como se desconoce el lineamiento inicial del legislador al exceptuar el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado y cómo

dicha pretensión legal se ve hoy desdibujada, al querer imponerles, en la actividad contractual, matices que se inclinan más a lo público que a lo privado, abandonando la regulación práctica del derecho civil y comercial e imponiendo una serie de requisitos propios del Estatuto General de Contratación Pública, los cuales, además, conllevan a que las actividades de los funcionarios y contratistas vinculados a estas entidades, centren sus funciones y actividades en el cumplimiento de requisitos formales, dejando de lado las acciones que podrían ser más productivas dentro de tales empresas.

Esta monografía, tiene como pretensión inicial estudiar si es obligatorio que las Empresas Sociales del Estado liquiden los contratos que suscriben, analizando el artículo 13 de la Resolución N° 5185 del 4 de diciembre de 2013, emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, identificando si dicha liquidación se ciñe a lo regulado por el Estatuto General de Contratación o si por el contrario, la misma puede darse dentro del marco del derecho privado, lo que conllevaría a estudiar si esa figura existe en el último ordenamiento jurídico. De manera adicional, se pretende identificar si el Ministerio de Salud y Protección Social desbordó sus competencias al regular este aspecto dentro del acto administrativo en mención desconociendo las facultades que tiene el legislador para este asunto.

El público objeto de esta investigación se encuentra en la academia, en los jueces, abogados y funcionarios que dirigen las Empresas Sociales del Estado en aras de que puedan identificar los fundamentos normativos que giran en torno a estas entidades y con ello puedan ser críticos y tomar postura normativa específicamente en lo referente a la liquidación de los contratos que se suscriben, pues el estudio y análisis que se pretende realizar tiene como fin

ampliar el conocimiento que hasta el momento se tiene frente a las etapas de contratación tanto en el derecho público como en el derecho privado, específicamente en la etapa postcontractual en lo referente a la liquidación de contratos; igualmente se quiere adelantar un análisis frente al tema de potestad reglamentaria, el cual en este caso, estaría estrechamente ligado con la obligación que se impone a estas entidades al tener que liquidar los contratos que suscriben.

### **Pregunta de investigación**

¿Cuáles son los efectos jurídicos de la Resolución N° 5185 del 4 de diciembre de 2013, emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en lo referente a la liquidación de los contratos suscritos por las Empresas Sociales del Estado a la luz del numeral 6 de artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y de la autonomía administrativa?

## **Objetivos**

### **Objetivo general**

Analizar los efectos jurídicos de la Resolución N° 5185 del 4 de diciembre de 2013, emitida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, en lo referente a la etapa liquidación de los contratos suscritos por las Empresas Sociales del Estado a la luz del inciso 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y de la autonomía administrativa.

### **Objetivos específicos**

- Describir el proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado de acuerdo con lo definido por la ley, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina colombiana.
- Estudiar la Resolución N° 5185 de 2013 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social y su relación con el proceso de contratación de la Empresas Sociales del Estado.
- Examinar la potestad reglamentaria del Ministerio de Salud y Protección Social ejercida en el artículo 13 de la Resolución N°5185 del 4 de diciembre de 2013, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina colombiana.

## **Metodología**

En esta monografía, el método de investigación que se utiliza es el sistemático jurídico, ya que se pretende estudiar la Resolución N° 5185 de 2013 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social específicamente el artículo 13, que dispone “La Empresa Social del Estado, determinará las condiciones relacionadas con la liquidación de los contratos”, pero ello necesariamente conlleva a analizar y comprender todo lo relacionado con esta disposición normativa, identificando qué han expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina. Lo anterior permitirá generar un aporte que coadyuve a la solución de diversas situaciones que se presentan en torno de la liquidación de los contratos que suscriben las Empresas Sociales del Estado, partiendo de un proceso de inducción a partir de las normas y diversas posiciones jurídicas que se tienen frente a la materia.

### **1. De la contratación de las Empresas Sociales del Estado**

## **Generalidades**

### **1.1 Las etapas de contratación en el derecho privado**

La contratación juega un papel muy importante en la colectividad, debido a que a través de la misma se da el intercambio de bienes y servicios que buscan satisfacer los intereses y necesidades del conglomerado social. En el derecho privado, la contratación se divide en tres etapas: la primera de ellas la precontractual, la cual se encuentra precedida de unos actos, negociaciones o acercamientos previos donde los sujetos discuten los términos jurídicos y económicos del futuro negocio a celebrar sin que por ello se encuentren obligados a finiquitar el mismo, no obstante, dichos actos preliminares podrían llegar a tener un papel importante en una eventual diferencia que pudiese surgir entre las partes, ya que estos son determinantes para identificar el verdadero y real propósito de las mismas en el momento de celebrar dicho negocio jurídico, (Alban, 2008, págs. 84-88); igualmente, en una relación jurídico patrimonial también podría manifestarse la promesa como contrato preparatorio, en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente a realizar otro negocio jurídico en el que pretenden atarse en forma definitiva. (Vásquez, 2014, págs. 101-102).

Una vez concluidas las conversaciones previas, se exterioriza la voluntad de una de las partes a través de la oferta, una propuesta en donde indica las condiciones concretas y precisas del contrato a celebrar (C. Co. art 845) y en la que el proponente queda vinculado jurídicamente ya que la revocatoria de la misma podría acarrearle consecuencias de carácter indemnizatorio y, a su vez, se exterioriza también la aceptación de la oferta en donde el otro sujeto, manifiesta la

voluntad de consentiren el negocio jurídico, y con ello se entiende celebrado el contrato (C. Co. art 844) (Ternerera & Espinosa, 2007, pág. 74).

La oferta en esas condiciones es un negocio jurídico unipersonal que contiene un interés particular, es recepticia porque debe ser conocida por el destinatario para que este proceda a aceptarla, es obligatoria ya que aunque el proponente fallezca o llegase a ser incapaz las condiciones de esta se conservan y es revocable, esta última característica con consecuencias jurídicas para el oferente toda vez que debe indemnizar los perjuicios en caso de que los llegase a causar.

La aceptación, por su parte, es el asentimiento del destinatario a la celebración del contrato ofrecido y debe ser oportuna e incondicional, ya que de lo contrario podría darse un caso de contraoferta (Orduz, 2013, págs. 300-308). Así las cosas, la oferta y la aceptación constituyen la voluntad contractual de las partes y con ellas se da inicio a la etapa contractual.

La etapa contractual a su vez trae consigo el cumplimiento de una serie de requisitos que buscan que los negocios que se pretenden exteriorizar existan y sean válidos en el mundo jurídico; por ello, el Código Civil Colombiano en su artículo 1502 ha preceptuado que las partes antes de obligarse deben acatar los siguientes requisitos: ser legalmente capaz, que el consentimiento esté exento de vicios, es decir, de error, fuerza o dolo, además que el objeto y la causa de la obligación deben ser lícitas.

Dentro de estos presupuestos se tiene que son requisitos de existencia: la voluntad o el consentimiento, el objeto y la solemnidad; mientras que los requisitos de validez hacen referencia a: La capacidad de las partes, el consentimiento libre de vicios, la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto y la causa y la plenitud de las formalidades prescrita por la ley para determinados contratos. La inobservancia de estos puede traer como consecuencia la declaratoria de inexistencia, de nulidad absoluta o de nulidad relativa del contrato (Fernandez & Acosta, 2000, págs. 83-85).

Consecuente con lo mencionado, una vez las partes validan los requisitos ya mencionados se da el perfeccionamiento del contrato el cual dependerá del negocio jurídico que se pretenda celebrar, por ejemplo, la compra venta, por regla general, se perfecciona cuando las partes acuerda el valor y la cosa, sin olvidar que aquella que recae sobre bienes inmuebles, derechos herenciales que requieren además que se le eleve a escritura pública; el contrato de permuta se perfecciona con el consentimiento frente a la cosa que se pretende cambiar, salvo que se trate de bienes raíces o derechos sucesorales, evento en el cual se requerirá que se eleve el mismo a escritura pública; el contrato de arrendamiento se perfecciona con la cosa y el canon; en el contrato de mandato es suficiente el consentimiento sobre la gestión encargada, excepto en el caso en el que se pretenda contraer matrimonio, cuando el encargo encierre la totalidad de los negocios del mandante o cuando se trate de representación judicial por poder general, casos en los cuales se requiere elevar a escritura pública; el contrato de comodato y depósito se perfeccionan con la entrega de la cosa; el de mutuo, igualmente, con la entrega de la cosa pero, en este tipo de contrato, se debe tener la tradición que realiza el mutuante al entregar la misma (Fernandez J. A., 2015, págs. 1-6, 357-358, 401, 577-579, 591-601, 647, 657-658, 687-688); el contrato de suministro que se

perfecciona con el acuerdo sobre la cosa o prestación periódica o continua; el contrato de transporte que se perfecciona con el acuerdo entre las partes en lo que refiere al lugar al que se debe desplazar y el precio (Fernandez J. A., 2009, págs. 165-166, 188-189).

Es muy importante, entonces, que las partes estudien, analicen y se percaten de acatar los presupuestos de existencia, validez y perfeccionamiento del contrato que pretenden celebrar, pues, de lo contrario, podrían verse inmersas en situaciones legales que les obligarían a restituir o retrotraer las prestaciones ya realizadas o, en su defecto, a celebrar un contrato que difiera de la intención inicial.

En esta etapa también existe responsabilidad entre las partes, por ende, en caso de que una de ellas cause un perjuicio debido a la no ejecución, ejecución imperfecta o ejecución tardía de las obligaciones pactadas, incurrirá en responsabilidad civil contractual (Corte Constitucional. Rdo. C-1008, 2010), lo que permitirá al afectado solicitar el daño emergente, el lucro cesante o ambos, siempre y cuando demuestre que durante la ejecución del contrato se presentó un hecho dañoso derivado en el incumplimiento del mismo, el cual le ocasionó un daño a su patrimonio, en el entendido de que ese daño debe ser consecuencia directa del hecho dañoso realizado por la parte que incumple el contrato sea acreedora o deudora y que, a su vez, ha actuado con culpa (Orduz, 2013, págs. 241-260).

Ahora bien, una vez las negociaciones previas se formalizan y perfeccionan a través de la celebración del contrato, en el cual se encuentran incluidas las obligaciones para cada una de las partes, dichas obligaciones se dan por terminadas o se extinguen cuando las partes las cumplen;

no obstante, existen ciertos casos en los cuales se puede presentar la extinción de las obligaciones sin que necesariamente se haya dado el cumplimiento de la obligación previamente pactada, como ocurre con la resciliación, donde las partes acuerdan finiquitar la relación contractual dejando sin efecto lo previamente pactado; la novación, caso en el cual las partes acuerdan sustituir la obligación antiguamente convenida por una nueva prestación; igualmente; la remisión, la cual se da cuando el acreedor renuncia a la prestación debida por el deudor y, en este sentido, no le exige el cumplimiento de la obligación; también cuando se produce la pérdida de la cosa que se debe, evento en el que se da la extinción de la obligación, pues a lo imposible nadie está obligado o cuando se produce la prescripción extintiva, que trae como consecuencia al acreedor el no poder reclamar el cumplimiento de la obligación por no haberla solicitado dentro de la oportunidad definida para ello, en este caso el paso del tiempo favorece a la parte que incumple con lo pactado inicialmente en el contrato (Acuña, 2015, págs. 2, 25, 32, 40, 43, 45).

De otro lado, en el derecho privado no se encuentra consagrada explícitamente la etapa postcontractual, no obstante, se puede extinguir la relación negocial a través de las figuras jurídicas que se acaban de mencionar, ya que en este sentido el acreedor renuncia a exigir el cumplimiento y decide ya sea por acción o por omisión extinguir las obligaciones previamente pactadas. Igualmente, en el caso en que se dé cumplimiento de las prestaciones, las partes también pueden llevar a cabo una evaluación sobre la manera como se llevó a cabo dicho cumplimiento y si evidencian que pese a su cumplimiento se dio lesión en el patrimonio, ya sea del acreedor o del deudor, ambos pueden llegar a acuerdos que les permita mitigar o resarcir los daños o perjuicios ocasionados o si evidencian que la ejecución del contrato se dio cumpliendo los acuerdos consignados en el mismo, se podrán declarar entonces a paz y salvo por todo concepto,

ya que en la practica las relaciones negociales privadas se pueden evaluar de manera muy rápida pues el acreedor antes de cumplir con su prestación, es decir el pago o la entrega de un bien o servicio simplemente evalúa como se dio el cumplimiento de la obligación por parte del deudor y con ello procede a culminar las obligaciones o decidir si hace uso de alguna figura jurídica que le permita resarcir los daños siempre que estos se presenten.

## **1.2 Las etapas de contratación en el derecho público**

El Estatuto General de Contratación Pública preceptúa el paso a paso que deben seguir las entidades públicas en el momento de iniciar y ejecutar los contratos estatales, además la manera como se debe finiquitar y culminar la relación contractual.

Esta disposición normativa dispone que la etapa precontractual inicia con la elaboración y publicación en la página web de la entidad y en la página SECOP del Plan Anual de Adquisiciones, puesto que, a través de este documento las entidades públicas deben identificar las necesidades que pretenden satisfacer durante la vigencia, señalando el tipo de bien, obra o servicio que se pretende adquirir.

Posteriormente se debe analizar, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y del riesgo, el sector relativo en el cual se enmarcará el proceso de contratación; además se debe definir cuáles serán los requisitos habilitantes dentro del proceso; han de elaborarse los estudios y documentos previos, los cuales deben contener de manera detallada: la descripción de la necesidad que da origen al proceso contractual; el objeto,

incluyendo sus especificaciones técnicas, autorizaciones, licencias o permisos; el valor; la modalidad de selección de la oferta más favorable; el análisis del riesgo y la forma de mitigarlo; la garantía única de cumplimiento y la indicación de si el proceso de contratación se encuentra cobijado por un Acuerdo Comercial.

Más adelantese procede a elaborar el pliego de condiciones, el cual, además de contener la información de los estudios y documentos previos establece los criterios de selección, la forma de desempate y los incentivos cuando a ello hubiere lugar; las condiciones de costo y/o calidad; las características aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y forma de adjudicar el contrato; las causas que dan lugar al rechazo de la oferta; los términos, condiciones y minuta del contrato, salvo en la modalidad de mínima cuantía, en la cual es suficiente la elaboración de una carta de aceptación de la propuesta; el plazo para la expedición de adendas y el cronograma del proceso, este último dependerá de la modalidad de contratación elegida por la entidad pública.

En el derecho público las modalidades de selección son: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, la contratación directa y la mínima cuantía; en la contratación directa no es obligatoria la elaboración de los términos de condiciones.

Cuando se adjudica o suscribe el contrato, se procede entonces a solicitar el registro presupuestal y la evaluación de la garantía única de cumplimiento, y una vez obtiene lo anterior, se da inicio a la etapa contractual y con ello la ejecución del contrato.

El derecho público no tiene incompatibilidad con los contratos establecidos por el derecho civil y comercial, la diferencia radica en que cuando se trata de procesos de contratación estatal, es necesario elevar a escrito el consentimiento de las entidades públicas y del contratista; adicionalmente se debe cumplir con las solemnidades que establece el derecho privado para ciertos contratos como por ejemplo: La compraventa de bienes inmuebles y algunos bienes muebles como los vehículos automotores.

No obstante la anterior mención, en el derecho público existe ciertos contratos que tienen su origen o regulación específica en el mismo, es el caso de los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, encargos fiduciarios, la concesión, entre otros. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que el contrato se perfecciona una vez llegue a un acuerdo entre el objeto y la prestación (Castillo, 2012) y que existe una vez se eleve a escrito, constituyendo, esto último, una solemnidad *ad substantiam actus*, en el entendido que, de lo contrario, el contrato no puede generar efectos jurídicos (Palacios, 2011), iniciando con la ejecución una vez se cuente con el registro presupuestal y se apruebe la garantía única de cumplimiento, salvo se trate de vigencias futuras (Becerra, 2007).

Una vez ejecutado el contrato se da inicio entonces a la etapa postcontractual, es decir, la liquidación del contrato, la cual es definida por el Consejo de Estado como aquella etapa o actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato donde lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para, de esta forma, realizar un balance final en el cual se pueda determinar quién le debe a quien y finalizar así la relación negocial (Consejo de Estado. Rdo. 56179, 2016). En esta etapa

las partes cruzan cuentas respecto de sus obligaciones y determinan si se encuentran paz y salvo o si por el contrario existen obligaciones por cumplir, plasmando la manera como se debe efectuar aquello. La liquidación está regulada por el artículo 60 de (Congreso de Colombia. Ley 80, 28 de Octubre de 1993), modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012 y el trámite aplicable se encuentra regulado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007; los contratos que se liquidan son aquellos de tracto sucesivo, salvo el de prestación de servicios personales, aquellos cuya ejecución se prologue en el tiempo y aquellos que por determinación de las partes así lo requieran; adicionalmente la liquidación puede ser bilateral, unilateral o judicial.

La primera debe darse durante el tiempo que se estipuleen el pliego de peticiones o sus equivalentes o dentro del término acordado por las partes, pero si no se indicó, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a laexpiración del término de ejecución del contrato o del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga; la segunda formaopera cuando el contratista no se presenta a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad o cuando las partes no lleguen a algún acuerdo de su contenido, el término será dentro de los dos (2) meses siguientes y finalmente si no ha sido posible efectuar la liquidación, está se podrá realizar en cualquier tiempo dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término de mutuo acuerdo o unilateralmente ante la jurisdicción(Colombia Compra eficiente, 2017).

En la etapa de liquidación, las partes acuerdan los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.En el acta de liquidación se estipulan los acuerdos, conciliaciones y transacciones

a que llegaren las partes, en aras de finiquitar su relación y así declararse paz y salvo (Consejo de Estado. Rdo. 3615, 2003).

### **1.3 Régimen jurídico de la contratación en las Empresas Sociales del Estado**

Inicialmente el Estado Colombiano tuvo como pretensión crear una Ley General de Contratación Pública cuyo objetivo era unificar los criterios de contratación en todas las entidades públicas, es decir, que las mismas debían adoptar y cumplir con los lineamientos uniformes preceptuados por el Congreso de la República, fue por ello que se promulgó (Congreso de Colombia. Ley 80, 28 de Octubre de 1993), la cual, al día de hoy, ha sido modificada por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015; no obstante, dicha pretensión se convirtió en una ideología porque el mismo Estado empezó a proferir leyes sectoriales que fueron permitiendo que las entidades públicas relacionadas en el artículo segundo de (Congreso de Colombia. Ley 80, 28 de Octubre de 1993), pudiesen aplicar un régimen de contratación privada.

El sector salud no fue ajeno a esta situación, por ello en la década de los noventa se empezó a manejar dos regímenes de contratación, uno público aplicable a las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación Pública, como lo son los municipios y distritos a través de las secretarías de salud y los departamentos a partir de las secretarías o seccionales de salud y un régimen de contratación privado al que se aplican los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a aquellas entidades cuya naturaleza jurídica fuese Empresas Sociales del Estado.

Fue así como a través de los artículos 194 y 195 de la (Congreso de Colombia. Ley 100, Diciembre 23 de 1993), se les otorgó la facultad de contratar bajo el régimen de derecho privado, salvo en lo que refiere a la aplicación de las cláusulas exorbitantes cuya regulación se encuentra definida por el Estatuto General de Contratación Pública y (Ley 1474, art. 86, 2011) “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

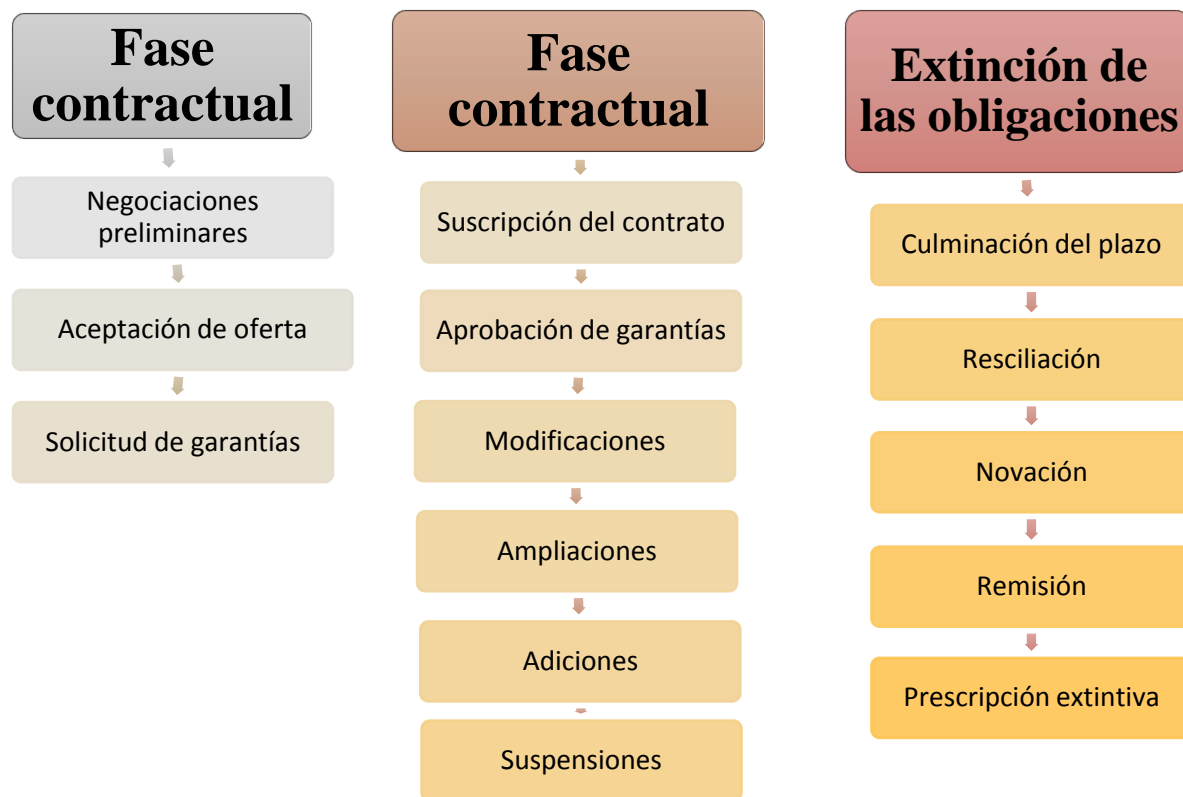
El régimen de contratación que gira en torno al objeto social de las Empresas Sociales del Estado se encuentra entonces regulado en el derecho privado, es decir, civil y comercial, el cual a su vez debe desarrollarse respetando los parámetros establecidos por los principios de la función administrativa y gestión fiscal y por los reglamentos internos dictados por las respectivas juntas directivas (Consejo de Estado. Rdo. 25801, 2014).

Conforme al art. 76 de (Congreso de Colombia. Ley 100, Diciembre 23 de 1993) y el (Decreto 1876, 1994), la prestación de servicios de salud se da en forma directa por medio de la Nación o de las entidades territoriales, a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, las cuales, a su vez, son creadas por la ley o por las asambleas o concejos.

En lo pertinente, estas entidades también son reguladas por la (Congreso de Colombia. Ley 344, Diciembre 27 de 1996) “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones”,

reglamentada por el (Ministro del Interior y de Justicia de la República de Colombia. Decreto 1267, Abril 15 de 2001)“Por medio del cual se reglamentan parcialmente las Leyes 344 de 1996 y 546 de 1999”y al cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia (Consejo de Estado. Rdo. 1263, 2000).

#### 1.4 Las etapas de contratación en las Empresas Sociales del Estado



De acuerdo a lo acabo de estudiar, el régimen de contratación de las Empresas Sociales de Estado se encuentra sujeto a las disposiciones normativas reguladas en el derecho privado, las cuales a su vez deben incorporar aspectos relacionados con la aplicación de los principios de la

función administrativa y la gestión fiscal, además el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En este sentido las etapas en la contratación iniciarían entonces con las negociaciones preliminares, presentación y aceptación de la oferta, posteriormente con la suscripción del contrato según el tipo de bien, obra o servicio y culminaría con la extinción de las obligaciones a través de figuras como la resciliación, novación, remisión o prescripción.

El Congreso de la República con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en el proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado, dispuso en la (Congreso de Colombia. Ley 1438, Enero 19 de 2011), lo que denominó “Eficiencia y transparencia en contratación, adquisiciones y compras de las Empresas Sociales del Estado”, y autorizó para que, con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación las Empresas Sociales del Estado, las mismas puedan asociar entre sí, constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública.

Para lograr dicho cometido la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado debe adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de Salud y Protección Social.

Igualmente, indicó que pueden contratar de manera conjunta sistemas de información, sistema de control interno, de interventorías, gestión de calidad y auditorías, de recurso humano y demás funciones administrativas, para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo

operativo y de apoyo que puedan cubrir las necesidades de la empresa, de forma tal que la gestión resulte más eficiente, con calidad e implique menor costo.

Adicionalmente, estas instituciones pueden utilizar mecanismos de subasta inversa para lograr mayor eficiencia en sus adquisiciones.

En cumplimiento de dicho mandato, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió, mediante acto administrativo, la(Resolución N° 5185, 2013),fijando los lineamientos que debían contener los Estatutos de Contratación de las Empresas Sociales del Estado y regulando las fases de contratación del Empresas Sociales del Estado así:

❖ Planeación:

Comprende los estudios y documentos previos los cuales deberán a su vez contener: la descripción de la necesidad que se pretende satisfacer; el objeto a contratar con sus especificaciones, autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución y, cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto; la modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos; el valor estimado del contrato y la justificación del mismo; los criterios para seleccionar la oferta más favorable, en el caso que se requiera, el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo; las garantías exigidas en el proceso de contratación y los términos de condiciones.

En los casos de convocatoria pública siempre se requerirá la elaboración de los términos de condiciones, para lo cual se deberá tener en cuenta: la descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato; la modalidad del proceso de selección y su justificación; los criterios de selección, los cuales deben ser claros y completos, que no induzcan a error a los oferentes o impidan su participación y aseguren una selección objetiva; las condiciones de costo y/o calidad que la Empresa Social del Estado tendrá en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista; las reglas aplicables a la presentación de las ofertas y su evaluación, indicando los requisitos que otorguen puntaje con la descripción de los mismos; la manera como se evaluarán y ponderarán y las reglas de desempate, así como las reglas para la adjudicación del contrato, las causas que dan lugar a rechazar una oferta, teniendo en cuenta que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos; el valor del contrato; el plazo; el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo y, si lo hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar; el certificado de disponibilidad presupuestal; los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del riesgo entre las partes contratantes; las garantías exigidas en el proceso de contratación y sus condiciones; los términos, condiciones y minuta del contrato; los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato; el plazo dentro del cual la Empresa Social del Estado puede expedir adendas; el cronograma, el cual debe contener las fechas, horas, plazos para las actividades propias del proceso de contratación, los tiempos para presentar propuestas, adjudicar el contrato, suscribirlo y cumplir los requisitos necesarios para comenzar la ejecución, el lugar físico o electrónico en donde se pueden consultar

los términos de condiciones, estudios y documentos previos, el lugar donde se debe hacer la entrega de las propuestas, la aplicación o no de las cláusulas excepcionales previstas en el Estatuto General de la Administración Pública, los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con la modalidad de selección.

❖ Selección:

Actividad que se refiere directamente a los mecanismos que se utilizan para seleccionar al contratista.

**Convocatoria pública:** Corresponden a aquellos procesos contractuales mediante los cuales se formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y la Empresa Social del Estado seleccione la propuesta más favorable de conformidad con la evaluación que se realice.

**Contratación directa:** Es el procedimiento en el cual se celebra directamente el contrato. Se debe definir en el estatuto de contratación las circunstancias en las cuales se puede realizar la contratación directa en consideración a la naturaleza del contrato o a la cuantía.

**Otros mecanismos de selección:** Mecanismos como la subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas y sistemas de compras electrónicas entendidos como los mecanismos de soporte a las transacciones propias de los procesos de adquisición, que permitan a la entidad realizar compras de manera eficiente.

Las Empresas Sociales del Estado, bajo la modalidad que estimen pertinente, podrán asociarse entre sí con el fin de buscar economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia en sus compras. Dichas asociaciones deben estar precedidas de estudios técnicos que las justifiquen.

La Empresa Social del Estado debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista. En los procesos de contratación por convocatoria pública, la Empresa Social del Estado podrá conformar un comité de apoyo a la actividad contractual.

❖ Contratación:

Corresponde al período comprendido entre la suscripción del contrato y la publicación en el Secop, pasando por la obtención del registro presupuestal y la aprobación de las garantías si las hay.

En el estatuto de contratación se deberán definir las garantías que deberá solicitar la Empresa Social del Estado de acuerdo con la modalidad, naturaleza, objeto, riesgos y cuantía del contrato, con ocasión de la presentación de las ofertas, los contratos y su liquidación y los riesgos a los que se encuentra expuesta la entidad.

❖ Ejecución:

Corresponde al período comprendido entre la legalización del contrato hasta su liquidación. El estatuto o manual de contratación deberá regular las siguientes acciones: La forma de designación de la persona responsable encargada de las labores de supervisión e interventoría del contrato y del seguimiento a la ejecución del mismo, dentro de una correcta actividad gerencial y adecuados criterios de gestión; las alertas en materia de vencimiento del contrato en el marco de la planeación; la obligación de hacer efectivas las cláusulas excepcionales, en caso de haberlas pactado en los contratos, cuando haya lugar a ello, dentro del plazo del contrato; la necesidad de suscribir las actas de inicio del contrato, así como las prórrogas y adiciones si las hay y las de suspensión del contrato en caso de presentarse dicha situación; las demás disposiciones por medio de las cuales se desarrolle la dirección general del contrato con el fin de garantizar su ejecución y las medidas para evitar su incumplimiento.

❖ Liquidación y obligaciones posteriores:

La Empresa Social del Estado determinará las condiciones relacionadas con la liquidación de los contratos.

### **1.5 Aplicación de principios contractuales, de la función administrativa y la gestión fiscal en la actividad de contratación de las Empresas Sociales del Estado**

A partir del año 1991 en el ordenamiento jurídico colombiano se incluyeron los principios como base del ordenamiento jurídico, como directriz hermenéutica para la aplicación de reglas, como fuente integradora del derecho y como fuentes. La contratación estatal no fue ajena a esta tendencia y fue así como se dio inicio al cambio de una legislación minuciosa a una más amplia dándole un mayor protagonismo a los principios que a las reglas.

En el Estatuto General de Contratación Pública la aplicación de los principios es mucho más simple que en los regímenes exceptuados como es el caso de las Empresas Sociales del Estado, pues en el primero existen normas que los desarrollan, mientras que en los segundos su aplicación depende de la formulas, instrumentos y procedimientos que se adopten en los manuales internos de contratación.

Los principios de la contratación se fundamentan, a su vez, en los principios de la función administrativa, estos últimos de obligatorio cumplimiento por parte de las Empresas Sociales del Estado; no obstante, hoy no es clara la manera como se deben aplicar los principios en estos regímenes exceptuados, por ende, mientras no exista un pronunciamiento por parte del legislador, le corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia precisar el tema mitigando así la incertidumbre normativa.

Los principios de la función administrativa no sólo se encuentran consagrados en la Constitución Política de Colombia, también existen normas que hacen referencia a estos e igualmente a los principios que rigen la gestión fiscal. Por tanto, se inicia haciendo un breve recuento de dichos principios dejando claro que, si bien los mismos son de obligatorio cumplimiento por parte de las Empresas Sociales del Estado, su aplicación no puede ser similar a aquella que utilizan las entidades sometidas al régimen general de contratación estatal, pues ello, iría en contra de la intención inicial del legislador al dotar a estas entidades de un régimen especial de contratación, pues precisamente el sector salud es especial ya que requiere agilidad en sus procesos ya que debe primar siempre la prestación de servicios de salud sobre las formalidades que impongan las normas jurídicas como es el caso de liquidar los contratos que se suscriben, que en otro sentido iría además en contra del interés general de la comunidad que busca la plena satisfacción de los servicios de salud.

A continuación se procederá a analizar cada uno de estos principios en sentido amplio es decir, proponiendo como debe ser de la aplicación de estos, en los procesos contractuales de las Empresas Sociales del Estado.

❖ Principios contractuales y de la función administrativa

### **1.6 Principio de Igualdad:**

Este principio se encuentra consagrado en la Constitución política de Colombia, 1991. Art. 209, por su naturaleza es orientador de la función administrativa y a su vez está consagrado

como un derecho fundamental. En el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se encuentra consagrado en el artículo 5, enmarcado en que está prohibido dar un tratamiento diferente a personas que se encuentren en igualdad de condiciones o en similar situación fáctica, otorgando mayor relevancia a las personas en estado de indefensión, todo ello aplicable en el ámbito de la contratación estatal.

De manera sencilla, el principio de igualdad busca que los oferentes se encuentren en idénticas condiciones frente a la entidad estatal en el momento de participar en los procesos de selección, cualquiera sea su naturaleza.

El Consejo de Estado se ha pronunciado de manera concreta en torno a este principio concretándola en reglas particulares aplicables a la contratación estatal, como son: “i) evitar un trato discriminatorio respecto de los oferentes sin que se otorguen ventajas para algunos de ellos, con la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales; ii) la fijación de plazos razonables para que haya facilidad de acceso a los interesados o concurrentes; iii) la no modificación de propuestas después de haberse del cierre del procedimiento administrativo de selección; iv) la obligación a cargo de la entidad pública de evaluar todas las propuestas; v) la carga de aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos libre y previamente por la administración; vi) el deber a cargo de la entidad de evaluar las propuestas bajo los parámetros de ponderación establecidos en los procedimientos administrativos de selección contractual, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras y vii) la imposibilidad para la entidad pública de variar los criterios de evaluación y su ponderación.” (Consejo de Estado. Rdo. 24845, 2014).

Las principales funciones de este principio son: i) identificar la presencia de discriminaciones prohibidas en la Constitución y en la Ley, pues ello conlleva a que se plasmen las condiciones distintas de las personas que han justificado un trato diferente; ii) garantizar la imparcialidad en los procesos contractuales pues prohíbe imponer condiciones restrictivas, irracionales o desproporcionadas y beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados en perjuicio de los demás; iii) garantizar el principio de selección objetiva y economía pues la observancia de estos incrementa la posibilidad de una pluralidad de ofertas lo que se traduce en una mejor selección del contratista y de la propuesta favorable. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, págs. 84-85)

La observancia de este principio permite respetar la aplicación de otros principios propios de la contratación estatal tales como: La buena fe, transparencia, imparcialidad, libre concurrencia y la selección objetiva.

### **1.7 Principio de moralidad administrativa:**

Dimana este principio de la (Constitución política de Colombia, 1991. Art. 209), el cual se encuentra reconocido como un derecho colectivo. Su fundamento se basa en que el comportamiento de los servidores públicos debe ser pulcro y honesto.

Siendo un principio de la función administrativa, se ha indicado que el mismo debe entenderse como el parámetro normativo de conducta ética radicado en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa; se trata por tanto, de una obligación basada en los valores debidamente aceptados por la sociedad y de ética profesional en el comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social.

La moralidad se encuentra relacionada con el principio de buena fe que se espera por parte del Estado, en cuanto para este se establecen unas reglas de participación que garanticen el no desvío del poder, favoreciendo la atención de los fines propios de los servidores o de terceros y la no vulneración del principio de legalidad. (Matallana, 2013, pág. 71)

Las principales funciones de este principio son: i) garantizar la consecución del interés general evitando los intereses privados de quienes ejercen funciones públicas y con ello el desvío del poder; ii) proteger el patrimonio público, puesto que cuando se presentan sobrecostos o irregularidades de la contratación se debe adelantar acción de repetición en contra del funcionario responsable; iii) refuerza los principio de igualdad, imparcialidad y transparencia ya que la moralidad permite actuar exclusivamente en cumplimiento de los fines del Estado bajo los preceptos del ordenamiento jurídico.(Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, págs. 100-101)

Su observancia, por tanto, permite la efectiva aplicación de los principios de buena fe, responsabilidad y transparencia, pues con ello se garantiza la primacía del interés general.

De otro lado, el principio en mención, se ha materializado en disposiciones legales como el artículo 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al consagrar un conjunto de deberes en las actuaciones que se lleven a cabo ante las autoridades administrativas, adicionalmente, en el art. 3 del (Presidencia de la República de Colombia. Decreto 019, Enero 10 de 2012) “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites, innecesarios existentes en la Administración Pública”, donde se indica que la actuación administrativa de los servidores públicos debe ser recta, leal y honesta. Términos similares a los que se utilizan en la (Congreso De Colombia. Ley 1474, Julio 12 de 2011) “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

En cuanto a la manifestación concreta de este principio en materia contractual, el Consejo de Estado considera inmoral toda actividad que no busque y responda por el interés de la colectividad y específicamente al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades que radican en cabeza del funcionario que ejecuta la actividad; de allí que, para el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, existe una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder pero entendida en su componente ético del servicio público, es decir, que se actúe con toda honestidad, postura que, en definitiva, permea toda la actividad contractual desde la adjudicación, pasando por la celebración, luego la ejecución y, por último, liquidación de los contratos, lo que, sin lugar a dudas, configura una típica acción de la Administración que, al

desconocerse, puede violar ese principio y, por tanto, amenazar o causar agravio al derecho o interés colectivo.(Corte Constitucional. Rdo. C-400, 1999).

Desarrollando este principio en la contratación estatal, se encuentra el estricto régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto de contratación que, en virtud del artículo 13 de la (Congreso de Colombia. Ley 1150, 16 de Julio de 2007), se hace extensible a las entidades exceptuadas de las normas generales sobre contratación pública. Por ello, al aplicar este régimen, las entidades exceptuadas estarían dando alcance a este importante principio.

### **1.8 Principio de eficacia:**

Se encuentra consagrado en (Constitución política de Colombia, 1991. Art. 209) igualmente en el art. 3, numeral 11 de la (Congreso de Colombia. Ley 1437, Enero 18 de 2011) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; el mismo hace referencia a que los procedimientos administrativos deben lograr su finalidad; además buscar suprimir trámites formales con el fin de evitar dilaciones injustificadas o decisiones inhibitorias, en este sentido, las irregularidades que se presenten deben ser saneadas en sede administrativa.

En materia contractual, el Consejo de Estado ha enfocado este principio a la etapa de selección del contratista, pues los procedimientos establecidos deben lograr su finalidad, encontrando su sustento en el principio de economía, el cual busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la

consecución de dichos fines, al tenor del artículo 3 de la Ley 80 de 1993.(Consejo de Estado, Rdo. 24715, 2007)

Complemento de lo anterior son los dos puntos de vista desde los que se puede ver este principio: i) el contrato estatal es eficaz cuando cumple con los propósitos públicos, es decir, satisface las necesidades del Estado las cuales están enmarcadas en el plan de desarrollo; ii) en los procedimientos de selección, pues la administración puede actuar diligente y cuidadosamente garantizando la concurrencia de oferentes que permita la selección de la oferta más favorable, además en la etapa de evaluación debe garantizar las reglas de subsanabilidad.(Matallana, 2013, págs. 71-72)

Este principio cumple con las siguientes funciones: i) complementa y da norte al principio de economía ya que la reducción de costos, trámites y tiempo tiene sentido en la medida en que se cumpla con los fines del Estado; ii) refuerza el principio de buena fe, ya que aumenta el nivel de confianza en la administración pública y por ende, permite que los procesos contractuales se desarrollen sin dilaciones. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, págs. 96-97).

### **1.9 Principio de economía:**

Está incluido en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, igualmente en el artículo 3, numeral 12, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En virtud de este principio las autoridades deben actuar con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los recursos; en el mismo sentido se consagró dicho principio en el art. 5 del (Presidencia de la República de Colombia. Decreto 019, Enero 10 de 2012)“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites, innecesarios existentes en la Administración Pública”,en el entendido que el procedimiento administrativo debe ser utilizado para agilizar las decisiones.

Por su parte, la (Congreso de Colombia. Ley 80, 28 de Octubre de 1993), consagra este principio como orientador de la contratación pública, estableciendo una veintena de obligaciones que lo desarrollan y materializan. Así, partiendo de la agrupación elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado(Consejo de Estado. Rdo. 24715, 2007), perodesde luego,complementándola con anotaciones propias.Las reglas que desarrollan el principio de economía se pueden clasificar de la siguiente manera:

- ❖ Aquellas que desarrollan el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, en el marco del principio de eficacia y eficiencia:

Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos en la norma o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no proferir providencias inhibitorias.

Se ha de tener en consideración que las reglas y procedimientos previamente definidos, constituyen mecanismos de la actividad contractual, los cuales buscan servir a los fines estatales, a la adecuada continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La declaratoria de desierta de la licitación, únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán, en forma expresa y detallada, las razones que han conducido a esa decisión.

❖ Aquellas relacionadas con el principio de celeridad que a su vez se constituye como una garantía del principio del debido proceso:

En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.

Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.

En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley.

Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan

en ellas. Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro en la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación.

- ❖ Las que se establecen en cumplimiento de los principios de planeación y buena fe:

Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

Previo a la apertura de un proceso de selección o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.

❖ Las que desarrollan los denominados principios organizacionales de la función administrativa:

En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.

Eventualmente los jefes o representantes de ciertas entidades definidas por la ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos o las que fije el reglamento.

Adicional a lo ya mencionado, este principio evoluciona y se particulariza frente al principio de la función administrativa de economía y en materia contractual persigue dos objetivos, el primero se refiere a la utilidad de los procedimientos inmersos en la actividad contractual y el respeto de los plazos y términos preclusivos y el segundo se relaciona con los aspectos económicos y de planeación de los contratos estatales. (Tamayo, 2013, págs. 54-55)

### **1.10 Principio de celeridad:**

Se encuentra consagrado en el art.209 de la (Constitución Política de Colombia, 1991) igualmente en el art.3, numeral 13, de la (Congreso de Colombia. Ley 1437, Enero 18 de 2011) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el art. 4 del (Presidencia de la República de Colombia. Decreto 019, Enero 10 de 2012) “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites, innecesarios existentes en la Administración Pública”; busca que las autoridades deben impulsar oficiosamente los procedimientos.

El Consejo de Estado ha resaltado en materia contractual la relación que existe entre el principio de economía y el principio de celeridad.

Explicó la Alta Corporación que en virtud del principio de economía, la entidad pública debe tener en cuenta que los procedimientos de selección contractual han de utilizarse para agilizar las decisiones, esto es, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo posible y

con la menor cantidad de costos o gastos para quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones o afines sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

Adicionalmente, que en aplicación del principio de celeridad, las autoridades deben impulsar de manera oficiosa de los procedimientos, suprimir los trámites innecesarios, usar formularios para actuaciones en serie cuando sea posible, debiendo considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados; nociones, que en realidad se fusionan en el concepto del principio de economía de la contratación pública(Consejo de Estado. Rdo. 24715, 2007).

Sus principales funciones son: i) reforzar el principio de buena fe en la relación precontractual y contractual mediante prácticas que permitan al ciudadano verificar que las autoridades hacen todo lo posible por hacer económico proceso de selección y trámites del contrato; ii) reforzar el principio de economía, pues la iniciativa de la administración debe hacer rápida y sencilla las actuaciones administrativas. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, pág. 95)

### **1.11 Principio de imparcialidad:**

Al igual que los anteriores, su consagración normativa se encuentra en art.209 de la (Constitución Política de Colombia, 1991)también en el art.3, numeral 3, de la (Congreso de Colombia. Ley 1437, Enero 18 de 2011)Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En cumplimiento de este las autoridades deben actuar teniendo en cuenta la finalidad de los procedimientos, igualmente garantizar los derechos de las personas sin ninguna discriminación, el respeto de dicho principio garantiza la aplicación del principio debido proceso; en materia contractual, específicamente respecto de los mecanismos de selección del contratista y como desarrollo del derecho a la igualdad.

El Consejo de Estado ha señalado que el principio de imparcialidad tiene que ver con el deber de transparencia de la administración en su actuar, sin designio anticipado o prevención a favor o en contra de un posible oferente o participante, es decir, que no influya motivo o factor subjetivo alguno de distinción irrazonable y desproporcionada, cuando sea del caso ofrecer un trato diferente. (Corte Constitucional. Rdo. C-400, 1999).

Las principales funciones de este principio son: i) garantizar la consecución del interés general a través del ejercicio de la función administrativa, por ende las funciones constitucionales y legales de las autoridades no pueden desviarse en atención a intereses subjetivos; ii) promueve la igualdad efectiva y real pues los oferentes no se pueden ver beneficiados o perjudicados de los procesos contractuales que adelanta la autoridad estatal. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, págs. 92-93)

### **1.12 Principio de publicidad:**

Se encuentra consagrado en el art.209 de la (Constitución Política de Colombia, 1991), así mismo en el art.3, numeral 9, de la (Congreso de Colombia. Ley 1437, Enero 18 de

2011) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; en virtud de este principio, las autoridades deben dar a conocer permanentemente sus decisiones a través de comunicaciones, notificaciones o publicaciones.

En materia contractual, legalmente en el art. 30 de la (Congreso de Colombia. Ley 80, 28 de Octubre de 1993), se prevén algunas reglas que de manera específica desarrollan este principio: i) se plasma a través del procedimiento por medio del cual la entidad estatal formula de manera pública una convocatoria para que en igualdad de oportunidades los interesados presenten sus ofertas y las entidades seleccionen entre ellas la más favorable; ii) la apertura del procedimiento se ordena por medio de acto administrativo motivado; iii) la apertura se debe publicar en la página web de la entidad y en el SECOP; iv) las adendas que modifiquen el pliego de condiciones deben publicarse en el SECOP en días hábiles y en horarios laborales; v) los informes de evaluación de las propuestas tienen días específicos para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes; vi) se adjudica en audiencia pública, salvo en el procedimiento de mínima cuantía.

También existe la obligación de publicar la parte resolutive de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren unilateralmente el incumplimiento y todos los documentos propios de las etapas precontractual, contractual y postcontractual.

Como ya se indicó, tiene como finalidad que los posibles oferentes y la comunidad en general conozcan la convocatoria y las reglas bajo las cuales se realizará la misma por ende cumple con las siguientes funciones: i) es presupuesto de validez del proceso de selección de contratistas; ii)

es presupuesto de eficacia de los actos administrativos del proceso contractual debido a que estos se deben notificar; iii) desarrolla el principio del debido proceso ya que permite la defensa y contradicción de los oferentes en el proceso; iv) garantiza el principio de libre concurrencia pues en el proceso participan aquellos que hayan leído y decidido participar de la convocatoria; v) permite que los ciudadanos conozcan de los procesos contractuales, las decisiones que se toman en torno a ellos, las sanciones y la forma como se invierten los recursos públicos. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, págs. 97-98)

Para concluir, la administración debe poner a disposición de los administrados todas las actuaciones administrativas pues ello coadyuva con el cumplimiento del principio de planeación, además contribuye con el desarrollo del principio de transparencia en los procesos contractuales y permite la participación de quienes estén interesados en ellos lo que conlleva con la selección objetiva de los oferentes y permite a la ciudadanía en general y a los entes de control, ejercer una vigilancia frente a las actuaciones que despliegan las entidades públicas durante la etapa contractual y postcontractual de los contratos que suscriben. (Valle de la Hoz, s.f.)

### **1.13 Principio de coordinación:**

Conocido también como principio de la organización administrativa, se encuentra consagrado en los art. 113 y 209 (Constitución Política de Colombia, 1991). Preceptúa este principio que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, igualmente los órganos del estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para cumplir los fines del Estado; en igual

sentido,(Congreso de Colombia. Ley 489, Diciembre 29 de 1998) *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia”* art. 6. ,dispone que las autoridades en ejercicio de sus funciones deben garantizar los fines del Estado.

El principio de coordinación tiene como presupuesto la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, ello implica que el ejercicio de las actuaciones administrativas se debe desarrollar de manera armónica de modo que el accionar de los distintos órganos del Estado se realice de manera complementaria y conlleve al cumplimiento de los fines del Estado.(Corte constitucional. Sentencia T-445/16, 2016)

En materia contractual este principio está relacionado con el régimen de responsabilidad en el tema de delegación; así mismo el respeto de este principio lleva implícito la aplicación de los principios de eficiencia, celeridad, economía y transparencia.

#### **1.14 Principio de legalidad:**

Se encuentra consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, el cual estipula que todos los habitantes del territorio colombiano deben acatar la Constitución y las Leyes y en el artículo 121 de la misma norma en donde indica que ninguna autoridad del estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la Ley.

Cumple con las siguientes funciones: i) somete las actuaciones de la autoridad pública y de los ciudadanos a los mandatos estipulados en el ordenamiento jurídico; ii) limita las actuaciones de los operadores jurídicos debido a que las decisiones que estos tomen deben estar fundadas en el estricto cumplimiento de las disposiciones jurídicas. iii) limita el ejercicio a la libertad ya que toda norma establece que conductas están permitidas y que conductas están prohibidas. iv) define la órbita entre los particulares y los servidores públicos, pues los primeros sólo pueden ser objeto de imputación jurídica si trasgreden la ley mientras que los segundos lo pueden ser por acción, por omisión o por extralimitación; v) facilita la protección del abuso del poder, ya que cada funcionario tiene definido sus funciones y competencias; vi) salvaguarda la igualdad entre los ciudadanos y las autoridades públicas ya que limitan el poder de tal forma que este se exteriorice de manera racional y equitativa; vi) protege el principio de selección objetiva pues son las normas las que consagran las reglas y criterios para la selección de contratistas; vii) sirve de presupuesto de validez de la actuación contractual dado que los procesos de selección que no se realicen conforme lo establece la norma nacen viciados y muy seguramente no están cumpliendo los fines del Estado. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, págs. 81-83)

El Consejo de Estado califica este principio como medular en el entendido que el cumplimiento de la ley es presupuesto de validez de la actuación contractual en todos sus momentos (precontractual y contractual), y se concreta en el postulado según el cual la contratación debe estar conforme y cumpliendo el ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional. Rdo. C-400, 1999).

Igualmente, este principio hace referencia a dos situaciones en particular en las cuales tiene especial relevancia: la competencia de las entidades estatales para llevar a cabo los procesos de selección y para celebrar los contratos, y las denominadas prerrogativas públicas.

Con respecto al primero, es preciso señalar que la capacidad para celebrar contratos y ordenar el gasto por las entidades estatales se encuentra consagrada en el art. 110 del (Presidencia de la República de Colombia. Decreto 111, Enero 15 de 1996) “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995, que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”.

Así mismo, el art. 32 (Congreso de Colombia. Ley 80, 28 de Octubre de 1993), define la categoría de estatal de los contratos celebrados por la Administración, los funcionarios que pueden llevar a cabo los procesos contractuales y celebrar los correspondientes contratos que, por regla general, corresponde al jefe o representante de la respectiva entidad, y que estos pueden delegar total o parcialmente en los servidores públicos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

Adicionalmente, extiende la competencia para contratar al Presidente de la República en nombre de la Nación, a los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, al Fiscal General de la Nación, al Contralor General de la República, al Procurador

General de la Nación, y al Registrador Nacional del Estado Civil; en el nivel territorial: a los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, a los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades; y, finalmente, a los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

En segundo lugar, se debe hacer referencia a las prerrogativas públicas en la actividad contractual del Estado, entendidas estas como el conjunto de privilegios y potestades propios de la Administración que le confieren una supremacía jurídica para la realización de sus fines institucionales, en razón a la prevalencia del interés general y que son otorgados por el ordenamiento positivo.

Dentro de estos privilegios o potestades se encuentran: la decisión unilateral y ejecutoria, la mora ex re (mora derivada de la cosa), la inaplicabilidad de la exceptio non adimpleti contractus (excepción de incumplimiento contractual), y en general, el conjunto de potestades que garantizan la realización de los fines de la entidad como el poder de dirección y control, la potestas variandi, la facultad de interpretación unilateral y las potestades sancionatorias. En este último grupo se ubican las denominadas cláusulas exorbitantes o también llamadas cláusulas excepcionales al derecho común.

**1.15 Principio de prevalencia del interés general:**

Se encuentra consagrado en los artículos 1 y 209 de la (Constitución Política de Colombia, 1991). Este principio preceptúa que la actuación administrativa está al servicio del bien común y en la contratación estatal busca el cumplimiento de los fines del Estado coadyuvando con el contratista en la continua y eficiente prestación del servicio público y con su labor, en la defensa de ese interés general; es por ello que además, el ordenamiento jurídico ha dotado a las entidades públicas de potestades sancionatorias y no sancionatorias como herramientas que les permitan lograr la consecución de sus fines.

Este principio encarna entonces, la necesidad de que toda actuación administrativa debe procurar cumplir los fines estatales y no los fines particulares vinculados a los sujetos que tienen una relación funcional o contractual con el estado, en consecuencia, toda actuación desviada de este propósito estaría viciada de nulidad. En materia contractual este principio se ve plasmado en dos grandes obligaciones a cargo de la administración pública: i) el deber de analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, de allí se deriva la justificación en cuanto a la necesidad del contrato y el objetivo público que cumple; ii) el deber de garantizar la selección de la oferta más favorable entre aquellos que se consideraron idóneos para participar del proceso, ya que la no selección de la oferta más favorable atentaría contra el interés general. (Matallana, 2013, págs. 82-83)

Este principio, al igual que el de transparencia, publicidad, imparcialidad, igualdad, economía, celeridad, debido proceso, están al servicio del bien común (Corte Constitucional. Rdo. C-400, 1999).

### **1.16 Principio del debido proceso:**

Este principio surge de la consagración normativa contenida en el art. 29 de la (Constitución Política de Colombia, 1991), también en el art. 1 de la (Congreso de Colombia. Ley 1437, Enero 18 de 2011) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es aplicable tanto en las actuaciones administrativas como en las judiciales y tiene como propósito que ellas se sujeten a las reglas establecidas en las normas sustanciales y procedimentales con el fin de garantizar los derechos de las partes involucradas.

Los principios que componen el debido proceso en materia administrativa se pueden sintetizar en los principios de: legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, publicidad, defensa, contradicción y controversia de la prueba, doble instancia, presunción de inocencia, imparcialidad; *non bis in ídem*; cosa juzgada y prohibición de la *reformatio in pejus* (Corte Constitucional. Rdo. C-030, 2012).

En materia contractual la aplicación de este principio se da por ejemplo, en los procesos sancionatorios ya que se debe garantizar el derecho a presentar pruebas, controvertir las mismas y a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho; también en la publicidad de todos los actos contractuales ya que se debe garantizar, salvo reserva legal, el acceso de todo el expediente contractual y en la selección objetivase plasma en el momento en el que la entidad pública cumple con cada una de las etapas previamente reglamentadas en cada una de las modalidades de contratación.

Este principio tiene como función garantizar el cumplimiento de los demás principios: i) legalidad: porque permite que se cumpla con los procesos de selección; ii) economía: porque garantiza que no se dilaten injustamente los procesos contractuales y que se cumpla con la preclusión de los términos; iii) selección objetiva: porque obliga que la evaluación de ofrecimientos se realice con reglas justas, claras y objetivas; iv) publicidad y transparencia: porque brinda la posibilidad de controvertir informes y presentar observaciones, así como recursos, reclamaciones y peticiones. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, pág. 111)

### **1.17 Principio de planeación:**

Este principio se encuentra plasmado en los artículos 339 a 344 de la (Constitución Política de Colombia, 1991), en este sentido desde el Plan de Desarrollo el estado debe plasmar y ejecutar su accionar público.

Constituye además un instrumento a través del cual se precisan las políticas a implementar para el cumplimiento de los fines y cometidos estatales, señalando los elementos precisos para la ordenada ejecución de las obras y la prestación de los servicios en un período determinado, evitando la improvisación y procurando el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles(Corte Constitucional. Rdo. C-1051, 2001).

Si bien no se menciona de manera expresa, el fundamento normativo está en el art. 209 de la (Constitución Política de Colombia, 1991)ya que, es el marco de orientación en el ejercicio de la función administrativa, igualmente es un principio fundamental en la contratación estatal ya que garantiza la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales.

Son funciones de este principio: i) evitar la improvisación en la gestión pública; ii) impedir el despilfarro y malversación de los recursos públicos; iii) facilitar la adecuada adopción de políticas públicas; iv) permitir a la administración pública actuar bajo propósitos claros, objetivos y metas; v) garantizar que los planes y programas se cumplan efectivamente y se cuente para ello destinación de recursos.(Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, pág. 112)

El cumplimiento de este principio lleva inmerso la aplicación de los principios de eficiencia, eficacia, legalidad.

### **1.18Principio de buena fe:**

Es un principio general del derecho que tiene relevancia tanto el régimen privado como el régimen público; busca que las actuaciones administrativas este permeadas de honestidad y lealtad(González Perez, 2009).

También se encuentra consagrado los art. 3 y 6 dela (Congreso de Colombia. Ley 1437, Enero 18 de 2011) “Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”, en cuanto al comportamiento que deben asumir tanto los particulares como las autoridades administrativas.

Adicionalmente fue fundamento para la expedición del(Presidencia de la República de Colombia. Decreto 019, Enero 10 de 2012)“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública” y en materia contractual es de obligatorio cumplimiento en cada una de las etapas.

En los contratos administrativos tiene una extraordinaria importancia ya que por un lado constituye un límite a la supremacía jurídica de la administración pública en garantía de la oposición patrimonial del contratista, pues señala las reglas de conducta para el ejercicio de los derechos y potestades exorbitantes y por otro lado, eleva el tono moral de la gestión contractual pública y humaniza las relaciones entre entidades públicas y contratistas, además orienta la labor interpretadora y preside la normativa de los contratos.(Palacio J. Á., 2014, pág. 72)

Este principio se encuentra preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio y en el artículo 1603 del Código Civil, estas normas disponen que antes, durante y después de la

celebración del contrato los intervinientes deben obrar con buena fe; por lo anterior los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y en consecuencia obligaran no sólo a lo pactado en ellos, si no también todo lo que corresponda a los mismos según la costumbre y la ley de la naturaleza.

En materia de contratación estatal la buena fe exenta de culpa debe ser objetiva, ya que los intervinientes deben desplegar comportamientos que convengan a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y por ende las conductas deben estar permeadas de lealtad y corrección.

En conclusión, la buena fe contractual es de carácter objetivo y en ese sentido impone a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir con las obligaciones del acuerdo, preservar la ejecución de lo convenido y no olvidarse que el interés de la otra parte también debe cumplirse y por ende su satisfacción depende de la lealtad y corrección de la conducta propia. (Consejo de Estado. Rdo. 24845, 2014)

### **1.19 Principio de participación:**

La democracia, como régimen político debidamente reconocido de manera internacional, fue ratificado por la Constitución de 1991 al inscribir a Colombia como Estado Social de Derecho, por lo que su campo de acción, en materia de la intervención ciudadana incluye tanto la esfera representativa como la participativa. Su consagración normativa se encuentra en los artículos 1, 2, 40, 92, 95, 103, 270, 340 y 369 de la misma Carta.

La participación, por tanto, se instituye en principio fundante del Estado y es un fin en sí mismo, adicionalmente, como deber de todo ciudadano para complementar, la dimensión política tradicional de Colombia la cual se cumple con el papel de las veedurías ciudadanas(Corte Constitucional. Rdo. C-337, 1997).

Son funciones del principio de participación: i) garantizar el modelo democrático, pluralista y participativo de la Constitución Política de Colombia; ii) permitir a los ciudadanos ser parte de la gestión y fiscalización de los recursos públicos; iii) permitir que los ciudadanos se acerquen cada vez más a la administración pública, acercando la brecha entre estado y sociedad.(Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, pág. 116)

### **1.20 Principio de responsabilidad:**

Se encuentra consagrado en el art. 6 de la (Constitución Política de Colombia, 1991)y constituye el control sobre la actividad que desempeñan todos los servidores públicos, pues los mismos son responsables por acción o por omisión. En lo que refiere al régimen de contratación pública existen normas constitutivas de infracción por las actuaciones incorrectas desplegadas por parte de los servidores públicos, contratistas, supervisores, interventores, asesores y particulares(Consejo de Estado. Rdo. 21489, 2012).

El principio de responsabilidad somete a todos los que intervienen en la actividad contractual a sufrir las consecuencias por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, sancionando penal, fiscal y disciplinariamente. La responsabilidad recae en principio en el funcionario u órgano que tomó la decisión, ya sea por ser titular o por haberla recibido a través de la delegación.

Los funcionarios tienen la obligación de velar por la correcta ejecución del contrato para asegurar la continua y eficiente prestación de servicios públicos al igual que la efectividad de los derechos de aquellos que colaboran con el estado para el cumplimiento de sus fines.

En la etapa precontractual, quien tiene la obligación de ordenar y dirigir la contratación, seleccionar al contratista, adjudicar el contrato y velar por su ejecución. Responden por sus actuaciones gravemente culposas y por sus hechos y actos antijurídicos.

Igualmente, los contratistas tienen la obligación de cumplir con las prestaciones a su cargo en las condiciones previamente pactadas en el contrato, son responsables de que el contrato se ejecute satisfactoriamente al igual que por los actos antijurídicos que ocasionen. (Palacio J. Á., 2014, págs. 70-71)

Son funciones del principio de responsabilidad: i) garantizar el adecuado ejercicio de las competencias públicas, puesto que su rigurosa observancia impide que la autoridad se desvíe de su función constitucional y legal; ii) protege el patrimonio del estado y de los contratista ya que se puede repetir contra ambos en caso de que se le imputen actos antijurídicos graves que hayan ocasionado perjuicios; iii) garantiza a los contratistas el pago, compensación e indemnización en

caso de que se le ocasionen daños o perjuicios por posibles incumplimientos; iv) dota a las entidades públicas de mecanismos que permitan establecer responsabilidades y sanciones cuando exista incumplimiento de obligaciones; v) establece conductas que generan responsabilidad patrimonial, fiscal, disciplinaria, penal tanto en servidores públicos como en contratistas, asesores, consultores e interventores. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, págs. 104-105)

### **1.21 Principio de transparencia:**

La consagración normativa está en el art. 3 de la (Congreso de Colombia. Ley 1437, Enero 18 de 2011) “*Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*”; hace referencia a que toda actividad administrativa, salvo reserva legal, es de dominio público y por ende, toda persona la puede conocer. Igual situación se da en materia de contratación pública y de allí que se derive la publicación de toda la actividad contractual (Corte Constitucional. Rdo. C-860., 2007).

Este principio también se puede asociar con la oportunidad que tienen los oferentes de controvertir los informes y evaluaciones realizadas por las entidades públicas en los procesos de selección, la entrega de los documentos solicitados por los particulares a costa de estos, la definición de reglas claras, precisas y objetivas determinadas en los pliegos de condiciones, entre otras situaciones.

En virtud de este principio la administración se obliga a: i) permitir el acceso de todas las personas en la contratación pública; ii) contratar respetando los procedimientos establecidos en el

Estatuto General de Contratación Pública; iii) publicar todos los actos derivados de la contratación estatal en sus etapas precontractual, contractual y postcontractual; v) alejar cualquier discriminación o limitación para contratar; vi) abstenerse de alejar el curso de la actividad contractual para fines inmorales o subjetivos; vii) respetar las condiciones iniciales de la contratación salvo en los casos excepcionales en los que se permita la variación; viii) permitir la controversia de informes, conceptos y decisiones que se rindan o se adopten. (Tamayo, 2013, pág. 43)

### **1.22 Principio de selección objetiva:**

Se deriva de los art. 6, 121 y 124 de la (Constitución Política de Colombia, 1991).

Es un principio que se encuentra consagrado en el Estatuto General de Contratación y tiene como objetivo que las entidades públicas elijan a sus contratistas teniendo en cuenta factores favorables que no dependan de intereses personales; en este sentido, dicho estatuto regula las modalidades de la contratación y define las condiciones bajo las cuales se deben adelantar los procesos contractuales (Consejo de Estado. Rdo. 1992, 2010).

Son funciones de este principio: i) garantizar la consecución del interés general evitando que la autoridad pública tome decisiones subjetivas desviándose de su función constitucional y legal. ii) protege el patrimonio público puesto que su rigurosa observancia evita procesos arbitrarios y oscuros permeados de corrupción; iii) garantiza que se seleccione la propuesta más favorable para la administración. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, págs. 106-107)

**1.23 Principio de equivalencia económica del contrato:**

Es un principio que también tiene su fundamento en el estatuto general de contratación pública, busca que las prestaciones previamente acordadas entre las partes en el momento de suscribir el contrato se mantengan en las condiciones iniciales y en este sentido sean equivalente, en caso de que ocurra situaciones como: incumplimiento por parte de la entidad pública, expedición de un acto administrativo que implique condiciones que puedan alterar la ejecución normal del contrato o que se presente situaciones imprevistas por las partes, se podrá recurrir a este principio con el fin de que se restablezca el equilibrio económico del contrato (Consejo de Estado. Rdo. 20344, 2012).

Su consagración normativa se encuentra en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, pero su influencia esta en cada una de las normas que establezcan obligaciones a cargo de cada una de las partes del contrato.

La ecuación económica del contrato implica que cuando a las partes, es decir entidad pública o contratista se les desquebraje la contraprestación económica que los llevo a obligarse ya sea por hechos imputables a estas o por hechos externos e imprevisibles, podrán exigir una compensación o indemnización que restablezca dicho interés económico. (Palacio J. Á., 2014, págs. 349-350)

**1.24 Principio de libre concurrencia:**

Este principio se encuentra consagrado en el art. 333 de la (Constitución Política de Colombia, 1991) y se puede explicar a través de la manera como los empresarios concurren en la participación de los negocios que se presentan en el mercado; caso similar se da en materia contractual ya que los oferentes concurren a las invitaciones que realizan las entidades públicas con el fin de participar de los procesos de contratación y así ayudar con el cumplimiento de los fines del Estado. (Serpa, 2013, págs. 61 - 185).

En materia contractual este principio se deriva del derecho a la igualdad de oportunidades que conlleva al derecho de la libre concurrencia, pues lo que busca es que en el proceso contractual exista la posibilidad de que todos los posibles proponentes participen en él; por ende salvo aquellas limitantes que establece la Ley, la administración no puede en dichos procesos imponer cláusulas restrictivas que impidan el acceso al proceso de selección. (Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009., 2009)

Las principales funciones del principio de libre concurrencia son: i) garantizar que todos los posibles proponentes puedan ofrecer lo que demande la administración; ii) facilitar la selección de quien presenta la oferta más favorable, ya que filtra el grupo de oferentes y economiza recursos y trámites que de una u otra manera demande el proceso contractual; iii) impide que se declare desierto el proceso de selección ya que en el mismo deben concurrir los proponentes que estén en capacidad de cumplir con el objeto contractual. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, págs. 87-88)

**1.25 Principios de la gestión fiscal:**

La Constitución Política de Colombia en sus artículos 267 a 274 dispuso que la Contraloría General de la República y las Contralorías de las entidades territoriales, son las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, es decir, vigilan la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicha vigilancia incluye un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales. Allí mismo se señala que el control se debe realizar en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

La ley 42 de 1993 en su artículo 5 define por control posterior la vigilancia de las actividades y procesos ejecutados por los sujetos de control y los resultados obtenidos por los mismo y por control selectivo la elección mediante un procedimiento técnico de muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusión sobre el universo respectivo, en el desarrollo del control fiscal.

Son características del control fiscal: i) es una función autónoma ejercida por la Contraloría General de la República y las Contralorías de las entidades territoriales; ii) se ejerce en forma posterior y selectiva; iii) sigue los procedimientos, sistemas y principios ejercidos por el legislador; iv) constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; v) se ejerce en los distintos niveles de administración

nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios; vi) cubre todos los sectores, etapas y actividades en las cuales se manejan bienes o recursos oficiales, independiente su naturaleza jurídica, función o régimen jurídico; vii) debe estar orientado por los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales.(Corte Constitucional, Sentencia C- 557, 2009)

Son los mandatos generales que deben regir la gestión fiscal, la cual se encuentra ampliamente ligada con el manejo del presupuesto público para la ejecución de los contratos.

Son ellos:

**Eficiencia:** definido como la maximización de resultados con los mismos recursos en un tiempo determinado. No es otra cosa que el uso racional de los recursos disponibles en la consecución del producto con la máxima de obtener más productos con menos recursos.

**Eficacia:** entendido como la obtención de resultados de manera oportuna y en entera relación con los objetivos y las metas propuestas, con la particularidad que la eficacia es absoluta, es decir, se alcanza o no el resultado propuesto.

**Equidad:** en ejercicio de este se logra el pleno desarrollo de la administración, pero identificando los receptores de su actividad económica con la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales o entre entidades territoriales.

**Economía:** en virtud del cual en igualdad de condiciones de la mejor calidad de los bienes y servicios se obtiene el menor costo posible.

**Valoración de costos ambientales:** con el mismo se pretende establecer una política integral para la protección del medio ambiente, incluyendo educación, investigación, organización y creación de nuevas tecnologías. Este principio permite cuantificar el impacto por el uso, el deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente; también permite evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de estos (Contraloría General de la República, 2011).

Las principales funciones de este principio son: i) garantizar condiciones de vida sana y en armonía con la naturaleza; ii) promover la conservación de los recursos naturales; iii) impedir, limitar o mitigar los impactos de las actividades contaminantes; iv) prevenir daños ambientales. (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, pág. 118).

Como ya se ha reiterado en varias oportunidades a lo largo de este artículo, el régimen jurídico de las empresas sociales del estado se encuentra enmarcado en el derecho privado y es en este marco normativo en el cual se debe dar la aplicación de los principios administrativos y de la gestión fiscal. Para ampliar más esta situación y de manera práctica se enunciarán algunas situaciones que viven día a día estas entidades y que a su vez permiten el cumplimiento de los principios en mención:

- ❖ Principio de legalidad: En materia contractual las actuaciones de las entidades deben realizarse conforme lo establece sus estatutos contractuales, el cual debe ser coherente con lo dispuesto en las normas del derecho privado y las excepciones que establece el derecho público, salvo en lo que refiere a la manera de determinar la forma de liquidar los contratos que suscriben.
  
- ❖ Principio de interés general y de participación: En materia contractual las Empresas Sociales del Estado deben velar por salvaguardar y cumplir con los fines del estado, lo que se ve demostrado desde la planeación de su actividad con la elaboración del plan anual de adquisiciones, la suscripción de los contratos que estipula aquel y la publicación de todas las actuaciones contractuales en la página web de las entidades y en la página web [www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co), lo que permite ejercer la función de vigilancia y control social y jurídico por parte de los entes de control y de la comunidad en general.
  
- ❖ Principio de coordinación: Las actuaciones de las Empresas Sociales del Estado deben ser coherentes y articuladas con lo que en materia de salud se genera a través de las diferentes entidades y organismos competentes, lo que a su vez se ve reflejado en la actividad contractual que despliegan y de la cual mensualmente se le realiza seguimiento con el fin de prevenir riesgos y evitar la alteración buscando así la correcta ejecución de los contratos.

- ❖ Principio del debido proceso: Las Empresas Sociales del Estado deben garantizar los derechos de los contratistas, lo que significa que previo al inicio de un derecho sancionatorio deben respetar los derechos de defensa y contradicción que a estos les asiste.
  
- ❖ Principios de igualdad, imparcialidad, libre concurrencia y selección objetiva: En las Empresas Sociales del Estado las necesidades y los procesos contractuales también son evaluados por parte de los comités de contratación, y en este sentido, estos comités tiene la obligación de garantizar la pluralidad de oferentes cuya participación este libre de intereses particulares y que garanticen capacidad técnica, logística y financiera que permita seleccionar la oferta más beneficiosa para la entidad. Lo anterior sin perder de vista la dinámica especial en materia de salud la cual debe propender por procedimientos ligeros y eficaces, por ello no se puede medir de manera igual a las empresas sociales del estado con otras entidades del derecho público las cuales deben observar y cumplir de manera exacta lo regulado en el Estatuto General de Contratación Pública.
  
- ❖ Principio de moralidad administrativa y buena fe: Las actuaciones en cada una de las etapas contractuales y de cada uno de sus intervinientes deben propender por la rectitud y honestidad.

- ❖ Principios de eficacia, economía y celeridad: En las Empresas Sociales del Estado la ejecución adecuada del contrato va ligado a una supervisión o interventoría juiciosa, ello permite que mes a mes se tomen decisiones acertadas y que al finalizar el plazo del mismo, el supervisor o interventor designado pueda entregar a las directivas un balance financiero y físico del contrato que evite la necesidad de exigir documentos adicionales que no son exigidos por la Ley como lo es la suscripción de un acta de liquidación.
- ❖ Principio de planeación: Las Empresas Sociales del Estado también deben tener definido en su plan anual de adquisiciones las necesidades que generan la adquisición de bienes y servicios, por ende, la suscripción de los contratos debe ser coherente con lo que allí se consigna y la etapa precontractual debe ser elaborada de manera juiciosa garantizando el cumplimiento de los requisitos previos que el proceso contractual requiera.
- ❖ Principios de la gestión fiscal: Las Empresas Sociales del Estado son entidades que actualmente atraviesan una crisis de salud que no ha podido ser superada por parte de los gobiernos centrales ya que las acciones que se han desplegado no han logrado mitigar las situaciones y dificultades que rodean los proceso de atención en salud, por ende tienen una gran responsabilidad al momento de utilizar sus recursos públicos los cuales deben propender por suplir todas sus necesidades a través de la máxima consecución de bienes y servicios con el menor costo posible, garantizando que estos permitan cumplir los fines que les asiste y a su

vez reflejen un costo – beneficio que no permita perder de vista la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Con lo anterior se concluye que las Empresas Sociales del Estado en su día a día están sometidas a situaciones que les implica tomar decisiones ágiles y eficaces, por lo tanto la aplicación de los principios administrativos y de la gestión fiscal debe darse en el marco de lo estipulado en el régimen del derecho privado, el cual no evita o está en oposición con lo que se establece en el Estatuto General de Contratación Pública, simplemente lo busca es garantizar un trato y aplicación especial para estas entidades cuyo objeto social se plasma en la prestación oportuna y eficiente de los servicios de salud, ya que el sector salud es lo que las hace diferentes y por ello la exigencia en cuanto a la agilidad en los procesos contractuales pues la comunidad requiere de una prestación de servicios completa y eficiente, por lo que el derecho fundamental a la salud debe estar por encima de exigencias contractuales formales y debe radicarse en la agilidad que utiliza el derecho privado al momento de realizar negocios jurídicos.

## **2. La Resolución N.º 5185 de 2013**

Una vez analizadas las etapas de contratación en el derecho público, en el derecho privado, al igual que el régimen jurídico contractual de las Empresas Sociales del Estado y sus fases de contratación y teniendo en cuenta que a estas entidades pese a tener una regulación especial les aplica, igualmente, los principios establecidos en el estatuto general de contratación pública, gestión administrativa y gestión fiscal, situaciones que no impiden que en su día a día se puedan desenvolver tal y como lo predica el régimen jurídico contractual privado, es importante ahora

analizar la competencia que en materia de reglamentación se le otorgó al Ministerios de Salud y Protección Social y la manera como en Colombia funciona el control de tutela para luego identificar la delimitación normativa que enmarca la(Resolución N° 5185, 2013) y la incidencia que trae el artículo 13 de dicha disposición normativa en la contratación de las Empresas Sociales del Estado.

### **2.1 Las competencias del Ministerio de Salud y Protección Social en la expedición de reglamentos que cobijan las Empresas Sociales del Estado**

En Colombia, la potestad reglamentaria tiene un origen normativo debido a que en el momento de crearse una norma, entiéndase esta como superior, la misma requiere de precisiones futuras pues en muchas ocasiones el legislador no está en la posibilidad de prever un sin número de situaciones prácticas que se pueden presentar en vigencia de la misma, por ende a través de la potestad reglamentaria se le otorga la competencia a un órgano con el fin de que desarrolle la Ley superior (Marín Cortés, pág. 8); no obstante, la misma se encuentra restringida por el Congreso en la medida que utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos, pues si el legislador es minucioso en su regulación la tarea reglamentaria se minimiza o si determina ser muy general la tarea del ente regulador se amplía(Corte Constitucional. Rdo. C-302, 1999).

En el art. 189, numeral 11(Constitución Política de Colombia, 1991), dispone que le corresponde al Presidente de la República: “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”,lo anterior, teniendo en cuenta que la Ley en la mayoría de los casos requiere que se

pormenoricen situaciones particulares a través de quienes administran el Estado,(Silva, 2003, págs. 19-21), es decir que no sólo el Presidente de la República es el encargado de ejercer la potestad reglamentaria.Allí también se ubican los Ministerios que a su vez hacen parte de la rama ejecutiva art. 208(Constitución Política de Colombia, 1991) y a los cuales el art. 38 de la Ley 489 de 1998 (Congreso de Colombia. Ley 489, Diciembre 29 de 1998)“ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades de orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, Les dio la posibilidad de regular asuntos vinculados a su organización y funcionamiento, lo que para el caso que se analizase ve reflejado en la autorización que le otorga el legislador al Ministerio de Salud y Protección Social en el art. 76 de la (Congreso de Colombia. Ley 1438, Enero 19 de 2011)“*Por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones*”, donde se le faculta para dictar los lineamientos que deben seguir las Empresas Sociales del Estado en el momento de adoptar sus Estatutos de Contratación.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que el legislador es quien crea la Ley, el Presidente de la República, por regla general, es quien tiene la competencia general de reglamentarla, determinando como se debe ejecutar o cumplir y los organismos y autoridades que en la jerarquía lo suceden asumiendo la potestad regulativa, la cual es de carácter residual y accesoria; a través de ella se implementa la voluntad de legislador y la voluntad del Presidente que, en últimas debe ser la misma, no obstante para el caso de los Ministerios estos, además de tener la facultad de ejercer la potestad regulatoria también cuentan con la competencia de ejercer la potestad reglamentaria ya que como se dijo anteriormente, pertenecen a la rama ejecutiva y

por voluntad del legislador pueden de manera residual reglamentar la Ley de conformidad con la misma autorización que ella les confiere, ello sucede en razón de la materia y las funciones que ostentan. (Corte Constitucional. Rdo. C-917, 2002).

Otro punto que es importante abarcar en este tema es el aquel que hace referencia al contenido y alcance de la potestad reglamentaria, pues la misma debe ser coherente con las funciones y los fines del Estado y en consecuencia se encuentra directamente relacionada con el principio de legalidad, por ende, la potestad reglamentaria está subordinada a las normas de carácter superior, lo que significa que la disposición normativa reglamentaria debe ser previamente tratada por el legislador y en este sentido quien reglamenta no puede modificar, ampliar, suprimir o restringir dicha norma superior, en otras palabras, *el espíritu* de la Ley de ninguna manera puede ser alterada por quien ostenta la competencia de reglamentar (Consejo de Estado. Rdo. 50219, 2015), entonces si un órgano u ente que está ejerciendo la potestad reglamentaria desborda la misma y se arroga una competencia de la que carece, invade la órbita del legislador al *colegislar* con él, por lo tanto la decisión proferida en exceso está viciada de nulidad (Consejo de Estado. Rdo. 11318, 2000).

## **2.2 El control de tutela**

Esbozados los elementos de la potestad reglamentaria, como eventual fundamento legitimador de la actividad desplegada por el Ministerio de Salud y Protección Social al expedir la (Resolución N° 5185, 2013), es del caso hacer mención del control de tutela como institución a través de la cual se desarrolla la potestad reglamentaria, otorgante a su vez de la capacidad para

delimitar las funciones y alcances de las entidades descentralizadas, que para este caso corresponden con las Empresas Sociales del Estado con autonomía presupuestal y administrativa.

En el Estado colombiano, al expresar la Constitución Política que “Colombia es un Estado Social de derecho organizado en forma unitaria, descentralizada...”, indica que las funciones políticas quedan centralizadas mientras que la función administrativa es objeto de descentralización, quedando en manos de las autoridades administrativas nacionales las funciones más importantes y la posibilidad de controlar las actividades que desarrollen los entes descentralizados(Ramírez Plazas & Sánchez Plazas, 2012).

Así como ocurre con la centralización, la descentralización implica cierto control por parte de las autoridades centrales, de allí que el control existente en el caso de la centralización se denomina control jerárquico y el que se aplica en la descentralización se denomina como de tutela.

El control de tutela, diferente de la acción de amparo constitucional que se debate en sede judicial, es aquel que ejerce el poder central sobre las entidades y autoridades descentralizadas, tanto territorialmente como por servicios(Rodríguez Rodríguez, 2015).

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia del 28 de abril de 1994(Corte Constitucional. Rdo. C-216, 1994), explicó los alcances del control de tutela, así:

Como señala el profesor Rivero, la descentralización tiene unas limitaciones. En el Estado unitario descentralizado el conjunto de su régimen deriva de la unidad legislativa, de suerte que las colectividades locales no tienen poder para introducir modificaciones de este tipo; por el contrario, el régimen puede ser siempre modificado por la autoridad central. Mientras en el Estado Federal, las colectividades que lo componen están asociadas al ejercicio del poder central, en el Estado descentralizado hay una dirección unificada, de manera integral, pero no como control jerárquico -propio del Estado centralizado-, sino como *control de tutela*. Sobre el control de tutela cabe hacer cuatro observaciones, según el autor citado: a) La descentralización no excluye, a diferencia del federalismo, el control por parte del Estado central. Este control es necesario, a la vez, tanto en interés del Estado mismo, que debe salvaguardar su unidad política y vigilar el respeto a la ley, como en interés de la persona descentralizada, y asimismo en interés de los individuos que pueden tener necesidad de una protección contra la autoridad descentralizada; b) El control de tutela es normalmente una atribución del Estado, aunque aparece también en las relaciones de las colectividades locales con los establecimientos públicos que dependen de ellas; c) El control de tutela se refiere normalmente a las personas jurídicas de derecho público; sin embargo, el lenguaje administrativo emplea el mismo término para el mismo control sobre algunas personas de derecho privado encargadas de un servicio público; d) Finalmente, escribe Rivero, "*el control debe conciliarse -so pena de aniquilarlo- con la libertad reconocida a la colectividad. Por ello se opone punto por punto al control*

*jerárquico. En la centralización, la subordinación, se ha visto, es de principio y el control se ejerce sin texto: es para excluirlo que un texto es necesario. Además ella (la subordinación) es total; el control se extiende a todos los aspectos del acto, y puede conducir a su anulación o a su modificación. Respecto a la autoridad descentralizada, por el contrario, la libertad es la regla, y el control la excepción; un texto debe establecer el principio, designar la autoridad que lo ejerce en nombre del Estado, fijarle la extensión (legalidad u oportunidad), los procedimientos fuera o más allá de las prescripciones legales, la tutela termina, y la libertad retoma su imperio; de allí las fórmulas clásicas: no hay tutela sin texto, y no hay tutela más allá de los textos". Desde el punto de vista histórico, la existencia de colectividades que tienen una larga tradición de autonomía, y a menudo anteriores al Estado, se impone a él y lo orienta hacia la descentralización.*

Un concepto adicional incluido en una decisión de la Corte Constitucional (Corte Constitucional. Rdo. C-727, 2000), se refiere a que la descentralización en sí misma, desde 1968 en Colombia, involucra el concepto de vinculación del ente funcionalmente descentralizado a un ministerio o departamento administrativo, el cual ejerce un control de tutela sobre el primero, con miras a que la función administrativa esté debidamente coordinada. En ese entendido, el control de tutela parte de la base de que deben distinguirse los organismos superiores e inferiores dentro de la estructura administrativa.

Para el caso a estudio, ha de indicarse que en principio, respecto de las entidades descentralizadas territorialmente, ese control de tutela lo ejerce el Estado, generalmente, a través del Congreso y del Gobierno.

El Congreso lo hace por medio de la regulación legal de las actividades que se descentralizan hacia las entidades territoriales y el Gobierno a través del poder reglamentario como desarrollo de esa misma regulación legal expedida por el Congreso.

En Relación con las entidades descentralizadas por servicios, dentro de las que se incluyen las Empresas Sociales del Estado, el artículo 103 de la Ley 489 de 1998 confía el ejercicio del control de tutela al Presidente de la República, a los ministros y directores de departamentos administrativos a los cuales se halle adscrita o vinculada la respectiva entidad, pero por la naturaleza de aquellas no puede ejercerse ningún otro control de los establecidos para los sistemas de centralización y descentralización administrativa del orden nacional, como serían el control jerárquico, el control sobre las personas de los funcionarios y el control sobre los actos de los funcionarios, es decir que, atendiendo a la regla general de la autonomía administrativa solo existe control en los casos determinados por la ley (Rodríguez Rodríguez, 2015), que en este caso sería el de la tutela.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido el ejercicio del control de tutela, como se indica por ejemplo, en la sentencia del Consejo de Estado, del 1 de junio de 2001 (Consejo de Estado. Rdo. 6200, 2001), donde se señaló de manera clara que si bien las entidades descentralizadas por servicios gozan de autonomía administrativa, ello no significa que

dejen de formar parte de la organización estatal, rama ejecutiva y, por consiguiente, están sujetas al control de tutela.

Expresión que adicionalmente lleva a concluir que el ejercer el control de tutela como una manera de hacer efectiva la función reguladora que está en cabeza del presidente de la república, la misma no puede desconocer los mandatos constitucionales y legales, si se está afirmando la pertenencia plena de todas las entidades al sistema jurídico colombiano. En otros términos, de aceptarse el ejercicio del control de tutela sin límites respecto de las Empresas Sociales del Estado, ello conllevaría a la modificación de su régimen jurídico porque se permitiría imponer obligaciones jurídicas que están fuera del objetivo que inicialmente tuvo el legislador al dotarlas de un régimen jurídico privado que trae consigo agilidad y celeridad.

También ha dicho la jurisprudencia(Consejo de Estado. Rdo. 08752, 1996) que las entidades descentralizadas del Estado son instrumentos de ejecución de las funciones estatales y permiten el cumplimiento de las finalidades del Estado. Sobre las entidades descentralizadas en general, la administración central (sea nacional o territorial) tiene el control de tutela administrativa sobre las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas, a través del presidente y el ministro del ramo (para las nacionales) o del gobernador o alcalde con la secretaría respectiva (para las territoriales). Para el Consejo de Estado el control de tutela implica, para quienes lo ejercen, poderes que se manifiestan en la orientación, coordinación y control de sus actividades administrativas, de manera que se desarrollen las políticas generales del gobierno establecidas por el sector central.

Adicionalmente, en sentencia posterior (Consejo de Estado. Rdo. 01062, 2006), analizando un caso de responsabilidad colectiva de una entidad descentralizada del sector territorial municipal, el Honorable Consejo de Estado dio a entender que quien se encuentra facultado para ejercer el control de tutela sobre las entidades descentralizadas por servicios del nivel territorial, es el sector central territorial atendiendo a su naturaleza y a las funciones concedidas desde la Constitución y la Ley a los departamentos y municipios.

Darí a entender ello que si, en gracia de discusión, le estuviera dado al gobierno central a través del Ministerio de Salud y la Protección Social, regular ciertos aspectos de la actuación cotidiana de las Empresas Sociales del Estado, se insiste, siempre bajo la sombra de las normas superiores, solo lo podría hacer en ejercicio del control de tutela, respecto de las entidades descentralizadas del orden nacional y no respecto de aquellas que ostentan la calidad de territoriales.

Se podría pensar que la regulación con que se ejerza el control de tutela debe ir dirigida, no a modificar la Ley, sino a emitir directrices tendientes a orientar, coordinar y controlar las actividades que ejercen, en las Empresa Social del Estado pero cuando se tratan de aquellas de existirdel orden nacional.

Aun bajo esa consideración, debe dejarse en claro que partiendo de la potestad reguladora que le está dada al Presidente de la República, aun tratándose de Empresas Sociales del Estado del orden territorial (departamental, distrital y municipal), le está dado ejercer el control de tutela, pero se insiste, siempre bajo el estricto respeto por la Constitución y la Ley.

Con lo anterior, se puede concluir que Las Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas, hacen parte de la organización estatal y, por ende, están sujetas al control de tutela, no obstante, si bien el ejercicio del control de tutela es la manera de hacer efectiva la función regulatoria por parte del Estado, los actos administrativos que con fundamento en él se expidan, no pueden desconocer los mandatos constitucionales y legales.

### **2.3 Delimitación normativa de la contratación de las Empresas Sociales del Estado, contenida en la Resolución N.º 5185 de 2013**

Para poder comprender las disposiciones normativas establecidas en la (Resolución N.º 5185, 2013), es importante conocer el contexto normativo que enmarca la regulación en materia contractual para las Empresas Sociales del Estado, así las cosas, se tiene:

- ❖ El artículo 194 de la (Congreso de Colombia. Ley 100, Diciembre 23 de 1993), establece que las Empresas Sociales del Estado son entidades públicas descentralizadas que prestan servicios de salud en forma directa ya sea por la Nación o por las entidades territoriales, cuentan con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y son creadas por la Ley a través de las asambleas o concejos.
  
- ❖ El numeral 6 del art. 195 de la (Congreso de Colombia. Ley 100, Diciembre 23 de 1993), dispuso que se someterán al régimen contractual del derecho privado y, además, que podrán utilizar las cláusulas exorbitantes previstas por el Estatuto General de Contratación Pública.

❖ El artículo 13 de la (Congreso de Colombia. Ley 1150, 16 de Julio de 2007), ordenó que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual distinto al del Estatuto General de Contratación Pública deben aplicar en desarrollo de su actividad contractual los principios de la función administrativa y la gestión fiscal de que tratan los art. 209 y 267 de la (Constitución Política de Colombia, 1991); igualmente que estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas legalmente para la contratación estatal.

Así las cosas, y siendo consecuentes con lo que se acaba de indicar, el Ministerio de Salud y Protección Social en el momento de expedir la (Resolución N° 5185, 2013), debió adelantar un estudio juicioso de las normas en mención, toda vez que de ellas se desprende su competencia en el momento de definir los lineamientos que deben cumplir los estatutos de contratación de las Empresas Sociales del Estado, dicho reglamento debió respetar la agilidad y practicidad en la que se mueve el derecho privado en el cual y como ya se explicó, también se da el respeto y la aplicación principialística que se predica para los procesos contractuales que adelantan estas entidades.

#### **2.4 Incidencia del artículo 13 de la Resolución N. ° 5185 de 2013, en la estructura de las Empresas Sociales del Estado y su capacidad para contratar**

Como ya se ha indicado, la competencia en materia contractual es dada a las Empresas Sociales del Estado a través de (Congreso de Colombia. Ley 100, Diciembre 23 de 1993, pág. 194 y 195), norma que consagra que su régimen de contratación hace parte del derecho privado,

en el cual no se encuentra consagrada explícitamente la etapa postcontractual de los contratos. Sin embargo, existen figuras a través de las cuales se puede dar la extinción de las obligaciones, ya sea por cumplimiento de las prestaciones recíprocas o por renuncia del acreedor para exigir del deudor el cumplimiento de sus obligaciones, ya que en la práctica las relaciones negociales privadas se pueden evaluar de manera muy rápida pues el acreedor antes de cumplir con su prestación, es decir el pago o la entrega de un bien o servicio simplemente evalúa como se dio el cumplimiento de la obligación por parte del deudor y con ello procede a culminar las obligaciones o decidir si hace uso de alguna figura jurídica que le permita resarcir los daños siempre que estos se presenten dando así cumplimiento a esta etapa contractual.

Pese a lo anterior el Ministerio de Salud y Protección Social por medio del art. 13 de la (Resolución N° 5185, 2013), ha impuesto la obligación a las Empresas Sociales del Estado a que determinen la manera bajo la cual deben liquidar los contratos que suscriben, desconociendo con ello la voluntad del legislador y además, la manera como se encuentra estructurado el derecho privado, ya que si bien es cierto estas entidades manejan recursos públicos ello no significa que deban actuar de la misma forma como lo hacen las entidades sometidas al régimen de contratación pública, porque precisamente el tipo de sector en el cual se desenvuelven es lo que las hace diferentes; por demás el derecho privado también consagra figuras jurídicas a través de las cuales se puede exigir en determinado caso concreto el cumplimiento de las obligaciones y el resarcimiento de perjuicios además en este régimen, las partes evalúan de forma rápida y ágil la manera como se dio cumplimiento al contrato y en este sentido en las Empresas Sociales del Estado la función que cumple el supervisor puede permitir evaluar este tipo de cumplimiento o en su defecto informar al ordenador del gasto las situaciones relevantes que conlleven a materializar

acciones tendientes a lograr un adecuado cumplimiento o el resarcimiento de perjuicios, situación que no contraria la aplicación del principio de transparencia y economía en el entendido que estas actuaciones podrían plasmarse en las actas de supervisión mensual que se realicen y se publiquen en la página que defina Colombia Compra Eficiente.

Además de lo indicado, un acta de liquidación o una evaluación sobre la manera como se llevó a cabo el cumplimiento de un determinado contrato no representa estabilidad jurídica absoluta para las partes, ya que el mismo Consejo de Estado ha indicado que cuando las partes suscriben un acta de liquidación y posterior a su firma se logra demostrar que existieron hechos que no se tuvieron en cuenta para dicho momento, es factible acudir ante la misma entidad o a la vía judicial y solicitar los reconocimientos e indemnizaciones a que haya lugar. (Consejo de estado. Sentencia 28554, 2015)

## **2.5 Configuración de causales de anulación respecto de la Resolución N. ° 5185 de 2013**

El derecho de acción no solo está consagrado para que se superen los conflictos que se presentan entre particulares, sino que la ley ha garantizado que tanto personas naturales, como personas jurídicas (privadas y públicas) puedan acceder a la jurisdicción con la finalidad de lograr que se resuelva un asunto en particular a través de la emisión de una sentencia proferida por el Juez competente.

En desarrollo de ese derecho de acción por la vía jurisdiccional contencioso administrativa, para defender los derechos bien generales o particulares que llegue a conculcar la administración y

garantizar la supremacía del orden jurídico se crearon los medios de control de nulidad (conocido como de simple nulidad) y de nulidad y restablecimiento del derecho, de los cuales es bueno precisar lo siguiente:

El medio de control de nulidad se encuentra consagrado en (Congreso de Colombia. Ley 1437, Enero 18 de 2011, pág. 137), así:

**Artículo 137. Nulidad.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

- ❖ 1 Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
- ❖ Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.

- ❖ Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
- ❖ Cuando la ley lo consagre expresamente.

**Parágrafo.** Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

Puede indicarse que la finalidad principal del medio de control de nulidad del acto administrativo general, impersonal y abstracto es tutelar el orden jurídico para que el mismo quede sin efecto por ser contrario a normas superiores.

Es un medio de control que se consagra en interés general en defensa de la legalidad abstracta de los actos administrativos y puede ser ejercida en todo tiempo por cualquier persona.

Dentro de sus características están, entre otras, que es un medio de control público que se ejerce a través del medio de control de nulidad, no tiene término de caducidad, se ejerce en defensa de la legalidad y procede contra actos generales y abstractos.

En torno de este medio de control, la Corte Constitucional ha señalado que:

La acción de nulidad, de larga tradición legislativa (ley 130 de 1913) y jurisprudencial en nuestro medio, tiene como finalidad específica la de servir

de instrumento para pretender o buscar la invalidez de un acto administrativo, proveniente de cualquiera de las ramas del poder público, por estimarse contrario a la norma superior de derecho a la cual debe estar sujeto. A través de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base es la Constitución, se integra además con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales de que han sido investidos formal, funcional o materialmente.

...

La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238).(Corte Constitucional. Rdo. C-513, 1994)

Mencionados los alcances del medio de control de nulidad y las causales de anulación frente al contenido del art. 13 de la (Resolución N° 5185, 2013) expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, se observa que el mismo puede ser atacado judicialmente con la finalidad de que se excluya del ordenamiento jurídico y se declare la nulidad parcial del acto

administrativo, con fundamento en las siguientes causales de anulación: por infracción de las normas en que debía fundarse, por falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

- ❖ La infracción de las normas en que debía fundarse encuentra asidero en la afirmación de que la competencia dada a las Empresas Sociales del Estado en materia contractual, dimana de los art. 194 y 195 de la (Congreso de Colombia. Ley 100, Diciembre 23 de 1993), esto es, que el régimen que las cobija es el derecho privado. De allí que incluir la obligación de establecer la manera como han de liquidarse los contratos suscritos por esta clase de entes, desconoce la delimitación normativa ampliamente explicada en torno de la manera como los particulares culminan sus negociaciones e incluye a las Empresas Sociales del Estado, de manera arbitraria, en el régimen contractual público, proscrito por la Ley de Seguridad Social y del cual solo se nutre de los principios mas no de los procedimientos propios en la ejecución de los contratos.
  
- ❖ La falsa motivación tiene que ver con el desconocimiento de los fundamentos que se tuvieron para la expedición de los art. 194 y 195 de la (Congreso de Colombia. Ley 100, Diciembre 23 de 1993), donde expresamente se indica que el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado es el privado, al exponer en la (Resolución N° 5185, 2013), por ejemplo, que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, establece que las entidades estatales que cuenten con un régimen contractual distinto al General deben aplicar los principios de la función administrativa y la gestión fiscal,

con sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal, sin que la aplicación de esos principios suponga de manera lógica que una forma de cumplirlos sea la implementación de una característica de liquidar los contratos de las Empresas Sociales del Estado, cuando ya se tiene certeza en torno de que esa actividad corresponde a la consagrada en la legislación privada, y en este sentido el supervisor del contrato podría evaluar el tipo de cumplimiento o en su defecto informar al ordenador del gasto las situaciones relevantes que conlleven a materializar acciones tendientes a lograr un adecuado cumplimiento o el resarcimiento de perjuicios, situación que no contraría la aplicación del principio de transparencia y economía en el entendido que estas actuaciones podrían plasmarse en las actas de supervisión mensual que se realicen y se publiquen en la página que defina Colombia Compra Eficiente siendo innecesaria la suscripción de un acta de liquidación.

Adicionalmente, cuando en la citada Resolución se le da un alcance distinto al art. 76 de la (Congreso de Colombia. Ley 1438, Enero 19 de 2011), es decir, al de su propia inteligibilidad, se está motivando falsamente ese acto administrativo; pues en dicha norma se estableció que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado deben adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social, hoy de Salud y Protección Social, sin que ello quiera decir que se le dio una licencia indeterminada e indefinida para que la Cartera Ministerial incluyera la regulación a su antojo, sino que esa competencia siempre debió ejercerse atendiendo a las limitantes legales y las autorizaciones otorgadas a las Empresas Sociales del Estado para los fines contractuales, sin olvidar precisamente que la propia

ley reconoció que por su naturaleza las Empresas Sociales del Estado han de tener contacto y relación con los restantes protagonistas del mercado en igualdad de condiciones para garantizar que su actuación sea efectiva cuando se trate de garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos.

- ❖ La desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. Cabe reiterar que la potestad reglamentar está subordinada a las normas de carácter superior, lo que significa que la disposición normativa reglamentaria debe ser previamente tratada por el legislador y en este sentido, quien reglamenta no puede modificar, ampliar, suprimir o restringir dicha norma superior, en otras palabras, la Ley de ninguna manera puede ser alterada por quien ostenta la competencia de reglamentar (Consejo de Estado. Rdo. 50219, 2015), entonces, si órgano u ente que está ejerciendo la potestad reglamentaria desborda la misma y se arroga una competencia de la que carece, invade la órbita del legislador al colegislar, por lo tanto, la decisión proferida en exceso está viciada de nulidad (Consejo de Estado. Rdo. 11318, 2000), que es lo que se presenta en este evento, pues de manera lógica el Ministerio de Salud y de la Protección Social cuenta con atribuciones para definir los lineamientos que se han de tener en cuenta para expedir el manual de contratación, pero no se le atribuyó la facultad de “derogar” o “reformular” la Ley al indicar que dentro del mismo debe incluirse la forma como debe liquidarse el contrato, cuando esta es una figura ajena a las actividades que desarrollan quienes se encuentran cobijados por el derecho privado para sus contratos.

### 3. Conclusiones

- ❖ En el derecho privado la contratación se divide en tres etapas: La etapa precontractual en la que se encuentran los actos preparatorios que conllevan a la celebración del contrato y con ello al perfeccionamiento de la etapa contractual y la etapa postcontractual una vez se da el cumplimiento de las obligaciones o cuando las partes acuerdan finiquitar, renunciar o sustituir la obligación, se presenten situaciones de fuerza mayor o caso fortuito o por el lapso del tiempo que traiga como consecuencia la prescripción extintiva de derechos.
- ❖ En el derecho público la contratación, igualmente, se divide en tres etapas: La etapa precontractual, en la se encuentra la planeación del contrato y la modalidad de selección, la etapa contractual, en la que se da el perfeccionamiento del contrato y todo lo que conlleva su ejecución, es decir, la aprobación de la garantía única de cumplimiento, el otorgamiento del registro presupuestal, las ampliaciones, adiciones y modificaciones a que haya lugar, y la etapa postcontractual, donde las partes realizan un cruce de cuentas respecto de sus obligaciones con el fin de identificar si existen o no prestaciones pendientes en aras de finiquitar la relación contractual y poder así declararse paz y salvo.
- ❖ La etapa de liquidación en el derecho público puede darse en tres vías: La primera debe darse durante el tiempo que se estipule en el pliego de peticiones o sus equivalentes o dentro del término acordado por las partes, pero si no se indicó, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término de ejecución del contrato o del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga; la segunda forma opera cuando el contratista no se presenta a la liquidación previa

notificación o convocatoria que le haga la entidad o cuando las partes no lleguen a algún acuerdo de su contenido, el término será dentro de los dos (2) meses siguientes y finalmente si no ha sido posible efectuar la liquidación, esta se podrá realizar en cualquier tiempo dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término de mutuo acuerdo o unilateralmente ante la jurisdicción.

- ❖ El régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado está contenido en el derecho privado, conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, sin embargo, estas entidades, dentro de su actividad contractual, deben velar por el cumplimiento y materialización de los principios que se establecen en el Estatuto General de Contratación Pública, la gestión administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidos en materia contractual.
  
- ❖ No se puede perder de vista que la aplicación de los principios que se establecen en el Estatuto General de Contratación Pública es acogidos por parte de las Empresas Sociales de Estado de acuerdo a la dinámica que viven en materia de salud, la cual requiere de procedimientos ágiles y eficaces, y que como ya se mencionó, se puede evidenciar que la actuación en materia contractual que día a día deben desplegar estas entidades de manera alguna esta en contravía con lo que disponen los principios administrativos y de la gestión fiscal, por el contrario el que se les obligue a determinar la manera como deben liquidar los contratos que suscriben iría en oposición con los principios de publicidad, legalidad, eficacia, economía y celeridad, ya que la manera ágil de evaluar la forma como se dio cumplimiento al contrato podría ser a través de los informes que mensualmente realiza el supervisor designado para el contrato, el cual además tiene el deber de

denunciar aquellas situaciones que impliquen daño a la entidad; situación que iría de la mano con lo que se indicó en relación con el principio de transparencia y economía.

- ❖ El Presidente de la República, por regla general, es quien tiene la competencia de reglamentar las leyes que profiere el Congreso de la República; es quien determina cómo se debe ejecutar o cumplir la misma y los organismos y autoridades que, en la jerarquía lo suceden, tienen la potestad regulativa, la cual es de carácter residual y accesorio. A través de ella implementan la voluntad de legislador y la voluntad del Presidente que, en últimas, debe ser la misma, no obstante, para el caso de los Ministerios estos, además de tener la facultad de ejercer la potestad regulatoria, también tienen la competencia de ejercer la potestad reglamentaria, ya que pertenecen a la rama ejecutiva y por voluntad del legislador pueden de manera residual estar autorizados para reglamentar la Ley, ello sucede en razón de la materia y las funciones que ostentan.
  
- ❖ La potestad reglamentaria se encuentra directamente relacionada con el principio de legalidad, ello significa que está subordinada a las normas de carácter superior, por ende la disposición normativa reglamentaria debe ser previamente tratada de acuerdo a la voluntad del legislador y en este sentido no puede modificar, ampliar, suprimir o restringir dicha norma superior por lo tanto, si un órgano u ente que está ejerciendo la potestad reglamentaria desborda la misma y se arroga una competencia de la que carece, a la decisión proferida le deviene una nulidad.

- ❖ Las Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas, hacen parte de la organización estatal y, por ende, están sujetas al control de tutela.
  
- ❖ Si bien el ejercicio del control de tutela es la manera de hacer efectiva la función regulatoria por parte del Estado, los actos administrativos que con fundamento en él se expidan, no pueden desconocer los mandatos constitucionales y legales, por lo tanto en la (Resolución N° 5185, 2013), se evidencia que se desconoce el mandato legal en cuanto a que refiere que las Empresas Sociales del Estado deben determinar la manera de liquidar los contratos que suscriben, todas vez que como ya se ha dicho, estas entidades en materia contractual se encuentran sujetas a la legislación del derecho privada, salvo aquello que regula los principios de la función administrativa, función fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido por el Estatuto General de Contratación Pública.
  
- ❖ El Ministerio de Salud y Protección Social, en el momento de expedir la Resolución 5185 de 2013, es decir, ejercer la potestad reglamentaria, debió adelantar un estudio y análisis juicioso del artículo 194 y el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, así como del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que es allí donde se encuentra contenida la voluntad del legislador en materia del régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado.
  
- ❖ En el derecho privado no se encuentra explícitamente consagrada la figura de la liquidación de contratos, la etapa postcontractual inicia una vez se da el cumplimiento de

las obligaciones o cuando las partes acuerdan finiquitar, renunciar o sustituir la obligación, se presenten situaciones de fuerza mayor o caso fortuito o por el lapso del tiempo que traiga como consecuencia la prescripción extintiva, no obstante, el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 5185 de 2013, ha impuesto la obligación a las Empresas Sociales del Estado de que determinen la manera bajo la cual han de liquidar los contratos que suscriben, desconociendo con ello el querer del legislador y la forma como está estructurado el derecho privado.

- ❖ Incluir, como obligación, que las Empresas Sociales del Estado, reglamenten en su manual de contratación la manera como se deben liquidar los contratos, implica que siempre se tendría que definir la manera de terminar los contratos a través de una actuación reglada, lo que se separa de la determinación legal consagrada para esta clase de entidades, de allí que se considere que el Ministerio del ramo excedió sus funciones reglamentarias en el entendido que dijo algo más allá de lo que la propia Ley indicó.
  
- ❖ No obstante y aun existiendo la figura de la excepción de inaplicabilidad legal, lo real es que siendo un acto administrativo que se encuentra vigente, hay presunción de legalidad lo que implica que la entidad administrativa, aun estando por fuera de las reguladas por el régimen contractual, por su carga de cumplir con el principio de legalidad, queda con la obligación de acatar lo dispuesto en la Resolución en la medida que los operadores jurídicos no van a correr el riesgo de inaplicar una norma y verse avocados a investigaciones de carácter penal o disciplinario, toda vez que, aún adoleciendo de nulidad, el competente para declararlo es el Juez de lo Contencioso Administrativo.

#### 4. Referencias

- Acuña, J. A. (2015). Extinción de las Obligaciones.
- Alban, J. O. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Universitas*, 84-94.
- Atehortúa, C. A., Hernández, A. E., & Ospina, J. M. (2010). *Temas en Contratos estatales*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Becerra, R. S. (2007). *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo*. Obtenido de [http://www.contratacionestatal.com/textos/\\_2220-3](http://www.contratacionestatal.com/textos/_2220-3)
- Castillo, S. C. (2012). *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección B*. Obtenido de [http://www.contratacionestatal.co/textos/contratos-estatales-requisitos-de-perfeccionamiento-y-ejecucion-sentencia-23966-de-2012\\_4452-3](http://www.contratacionestatal.co/textos/contratos-estatales-requisitos-de-perfeccionamiento-y-ejecucion-sentencia-23966-de-2012_4452-3)
- Colombia Compra eficiente. (27 de Agosto de 2017). <https://www.colombiacompra.gov.co>. Obtenido de [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/guia\\_para\\_la\\_liquidacion\\_de\\_los\\_contratos\\_estatales.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_para_la_liquidacion_de_los_contratos_estatales.pdf)
- Congreso de Colombia. Ley 100. (Diciembre 23 de 1993). *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. Ley 1150. (16 de Julio de 2007). *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*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. Ley 1437. (Enero 18 de 2011). *Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. Ley 1438. (Enero 19 de 2011). *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá.
- Congreso De Colombia. Ley 1474. (Julio 12 de 2011). *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. Ley 344. (Diciembre 27 de 1996). *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones”*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. Ley 489. (Diciembre 29 de 1998). *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189-CP*. Bogotá.

- Congreso de Colombia. Ley 80. (28 de Octubre de 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá.
- Consejo de Estado. Rdo. 20344, 17001-23-31-000-1996-03018-01 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. 8 de Febrero de 2012).
- Consejo de Estado, Sentencia 56562, Sala de lo contencioso administrativo- Sección tercera (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 20 de Febrero de 2017). Obtenido de <http://www.contratacionestatal.com/textos>
- Consejo de Estado. Rdo. 1992, 11001-03-06-000-2010-00034-00 (1992) (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 20 de Mayo de 2010).
- Consejo de Estado. Rdo. 01062, 41001-23-31-000-2003-01062-01 (AP) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera 02 de 03 de 2006).
- Consejo de Estado. Rdo. 08752, 17001-23-31-000-1996-08752-01 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 12 de Diciembre de 1996).
- Consejo de Estado. Rdo. 11318, 11318 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 24 de Agosto de 2000). Obtenido de <file:///C:/Users/neumo/Downloads/CE-SEC3-EXP2000-N11318.html>
- Consejo de Estado. Rdo. 1263, 2000-01263 (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil 6 de abril de 2000). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3794>
- Consejo de Estado. Rdo. 21489, 07001-23-31-000-1999-00456-01 (28489) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. 28 de Mayo de 2012).
- Consejo de Estado. Rdo. 24715, 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 3 de 12 de 2007).
- Consejo de Estado. Rdo. 24715, 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 3 de 12 de 2007).
- Consejo de Estado. Rdo. 24715, 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 3 de Diciembre de 2007). Obtenido de <http://www.contratacionestatal.com/textos>
- Consejo de Estado. Rdo. 24845, 41001-23-31-000-1996-08864-01 (24845) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. 27 de Marzo de 2014).
- Consejo de Estado. Rdo. 25801, 13001-23-31-000-2000-00341-01 (25801) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 8 de 4 de 2014). Obtenido de [http://www.contratacionestatal.com/textos/\\_4809-3](http://www.contratacionestatal.com/textos/_4809-3)

- Consejo de Estado. Rdo. 3615 (29 de Septiembre de 2003). Obtenido de <http://www.contratacionestatal.com/textos>
- Consejo de Estado. Rdo. 50219, 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 20 de Abril de 2015). Obtenido de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado. Rdo. 56179, 13001-33-31-004-2005-01088-00 (56179) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C 10 de Noviembre de 2016). Obtenido de [http://www.contratacionestatal.com/textos/\\_5429-3](http://www.contratacionestatal.com/textos/_5429-3)
- Consejo de Estado. Rdo. 6200, 11001-03-24-000-2000-06200-01 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera 01 de Junio de 2001).
- Consejo de estado. Sentencia 28554 (Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C. MP Olga Mélid Valle de la Hoz 16 de Marzo de 2015). Obtenido de <http://www.contratacionestatal.com/textos>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá: Legis.
- Contraloría General de la República. (08 de 2011). *Control Excepcional a la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael Del Municipio De San Vicente Del Caguán - Caqueta Vigencias 2008, 2009 Y 2010*. Recuperado el 13 de 05 de 2018, de <https://www.contraloria.gov.co>:  
<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/479317/CONTROL+EXCEPCIONAL+HOSPITAL+SAN+RAFAEL.pdf/c4badb93-1f13-4197-b0b7-d6aa31657a9f?version=1.0>
- Contraloría General de la República. (08 de 2011). *Control Excepcional Hospital de Yopal Vigencia Fiscal 2008 Y 2010*. Recuperado el 15 de 06 de 2018, de <https://www.contraloria.gov.co>:  
<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/479317/CONTROL+EXPECIONAL+HOSPITAL+YOPAL.pdf/b6b7b1e8-144e-48eb-b2fd-8ae469aad819?version=1.0>
- Contraloría General de la República. (08 de 2011). <https://www.contraloria.gov.co>. Recuperado el 13 de 05 de 2018, de Informe de auditoria gubernamental:  
<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/479317/CONTROL+EXCEPCIONAL+HOSPITAL+SAN+RAFAEL.pdf/c4badb93-1f13-4197-b0b7-d6aa31657a9f?version=1.0>
- Corte Constitucional, Sentencia C- 557 (M.P LUIS ERNESTO VARGAS 20 de 08 de 2009).
- Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009., Expediente D-7663 (M.P. Maria Victoria Calle Correa 07 de 10 de 2009).
- Corte Constitucional. Rdo. C-030, D-8608 (Corte Constitucional. Sala Plena 1 de 2 de 2012).

- Corte Constitucional. Rdo. C-1008, D-8146 (Corte Constitucional. Sala Plena 9 de Diciembre de 2010). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-1008-10.htm>
- Corte Constitucional. Rdo. C-1051, D-3469 (Corte Constitucional. Sala Plena. 4 de 10 de 2001).
- Corte Constitucional. Rdo. C-216, D-435 (Corte Constitucional. Sala Plena 28 de Abril de 1994).
- Corte Constitucional. Rdo. C-302, D-2242 (Corte Constitucional. Sala Plena 5 de Mayo de 1999). Obtenido de Corte constitucional - sentencia C-302 de 1999 M.P CARLOS GAVIRIA DIAZ
- Corte Constitucional. Rdo. C-337, OP-016 (Corte Constitucional. Sala Plena 17 de Julio de 1997).
- Corte Constitucional. Rdo. C-400, D-2268 (Corte Constitucional. Sala Plena 2 de Junio de 1999).
- Corte Constitucional. Rdo. C-513, D-606 (Corte Constitucional. Sala Plena 16 de 11 de 1994).
- Corte Constitucional. Rdo. C-727, D-2696 (Corte Constitucional. Sala Plena 21 de Junio de 2000).
- Corte Constitucional. Rdo. C-860., D-6820 (Corte Constitucional. Sala Plena. 17 de 10 de 2007).
- Corte Constitucional. Rdo. C-917, D-4082 (Corte Constitucional. Sala Plena 29 de Octubre de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-917-02.htm>
- Corte constitucional. Sentencia T-445/16, Expediente T-5.498.864 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio 19 de Agosto de 2016).
- El Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082. (Mayo 26 de 2015). *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación*. Bogotá.
- Fernandez, G. O., & Acosta, E. O. (2000). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis S.A.
- Fernandez, J. A. (2015). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Decimonovena edición*. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA.
- González Perez, J. (2009). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. (Quinta Edición ed.). Madrid, España: Civitas.
- Marín Cortés, F. (s.f.). El reglamento, fuente del Derecho Administrativo. 8.
- Matallana, E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Publica reforma de la ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ministro del Interior y de Justicia de la República de Colombia. Decreto 1267. (Abril 15 de 2001). *Por medio del cual se reglamentan parcialmente las Leyes 344 de 1996 y 546 de 1999*. Bogotá.

- Ordúz, A. B. (2013). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley LTDA.
- Palacio, J. Á. (2014). *La contratación de las entidades estatales*. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. LTDA.
- Palacios, R. S. (2011). *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección B*. Obtenido de [www.contratacionestatal.com/textos/\\_4229-3](http://www.contratacionestatal.com/textos/_4229-3)
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 019. (Enero 10 de 2012). *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites, innecesarios existentes en la Administración Pública*. Bogotá.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 111. (Enero 15 de 1996). *Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995, que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto*. Bogotá.
- Ramírez Plazas, J., & Sánchez Plazas, J. W. (2012). *Estructura del Estado*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Resolución N° 5185. (2013). *Por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual*. Bogotá.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2015). *Estructura del Poder Público en Colombia* (Décimo quinta ed.). Bogotá: Temis.
- Serpa, C. A. (2013). *El Régimen Contractual de las Empresas Sociales del Estado*. <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4765/84088304-2013.pdf?sequence=1>. Obtenido de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4765/84088304-2013.pdf?sequence=1>
- Silva, R. G. (2003). *La potestad reglamentaria del presidente de la república 1928 - 2002*. Obtenido de <http://intellectum.unisabana.edu.co>: <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5431/129323.PDF?sequence=1>
- Tamayo, M. R. (2013). *Los contratos Estatales en Colombia*. Medellín: Librería Jurídica Sanchez R. LTDA.
- Ternera, F., & Espinosa, F. M. (2007). *Los contratos en el derecho privado*. Colombia: Legis Ediciones S.A.
- Valle de la Hoz, O. M. (s.f.). *Principio de publicidad*. Bogotá.
- Vásquez, P. A. (2014). *bibliotecadigital.iue.edu.co*. Obtenido de Biblioteca digital - Repositorio Institución Universitaria de Envigado.

