



**Aplicación del principio de Planeación en los Estatutos de Contratación en las
Empresas Sociales del Estado E.S.E.**

**Autor:
Lina Yurani Montoya Arredondo**

**Asesor:
Juan Esteban Álzate Ortiz**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER TÍTULO DE
Magister en Derecho Administrativo**

**Universidad Autónoma Latinoamericana
Facultad de Posgrados
Medellín
2020**



Contenido

Resumen	4
Abstract	6
Introducción	7
De la Monografía de Investigación	9
Justificación	9
Pregunta de investigación	14
Objetivos	15
Objetivo General	15
Objetivos Específicos	15
Metodología	15
1. Etapa Precontractual de los Procesos de Contratación	17
1.1. Plan Anual De Adquisiciones (PAA)	18
1.2. Análisis del sector económico y de los oferentes	22
1.3. Elaboración de estudios previos	26
1.4. Estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles	34
1.4.1. Definición de riesgo previsible Conpes 3714 de diciembre de 2011	35
1.4.2. Identificación y cobertura del riesgo	37
1.5. Elaboración de pliego de condiciones	41
2. Régimen Jurídico de las Empresas Sociales del Estado	46
2.1. Marco Legal – Naturaleza Jurídica	46
2.2. Régimen Contractual de la Empresas Sociales del Estado	51
3. Definición del Principio de Planeación en Materia de Contratación	66
3.1. Evolución de la posición del consejo de estado frente a la aplicación del principio de planeación en la contratación estatal en Colombia	68



3.2. Aplicación del principio de planeación en la contratación de entidades con régimen especial de contratación	77
3.3. Etapa de planeación definida en la Resolución N° 5185 de 2013 para las empresas sociales del Estado	81
4. Estudio de la Resolución 5185 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social	87
4.1. Facultad del Ministerio de Salud y Protección Social en la expedición de reglamentos aplicables a las Empresas Sociales del Estado	87
4.2. Directrices en materia de contratación a las Empresas Sociales del Estado, contenida en la Resolución N. ° 5185 de 2013	90
4.3. Alcance de la etapa de planeación contenida en la Resolución N. ° 5185 de 2013.....	93
5. Conclusiones	95
Referencias	99



Lista de Tablas

Tabla 1. <i>Fases de la administración de Riesgos</i>	38
Tabla 2. <i>Modalidades de selección del contratista</i>	42
Tabla 3. <i>Descripción de los modos de extinción de obligaciones</i>	54
Tabla 4. <i>Principios de la contratación pública en Colombia</i>	59
Tabla 5. <i>Acciones asociadas con los estudios y documentos previos en la etapa de planeación</i> .	83
Tabla 6. <i>Información requerida para los términos de condiciones en la etapa de planeación</i>	84



Lista de Figuras

<i>Figura 1.</i> Lista de verificación para elaborar o actualizar el PAA.	20
<i>Figura 2.</i> Estructura funcional Empresas Sociales del Estado Colombia.	50
<i>Figura 3.</i> Etapas de la contratación de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), según la doctrina del derecho privado.	53
<i>Figura 4.</i> Fases de la contratación de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), según las disposiciones de la Resolución 5185 de 2013.	57



Abstract

This monograph aims to analyze in the pre-contractual stage of the contracting process of the Social Enterprises of the State E.S.E., the application of the planning principle and the estimation, classification and allocation of foreseeable risks; all of this, in accordance with Resolution 5185 of 2013 of the Ministry of Health and Social Protection and the jurisprudence of the State Council.

The approach of this monograph will be carried out by integrating the documentary revision of Judgments, Decrees, Resolutions and Laws that allow knowing the structure of the Social Companies of the State ESE, its legal regime in the matter of contracting and the scope of the definition of the planning principle in State contracting

This study is important to know the scope of Resolution 5185 of 2013 of the Ministry of Health and Social Protection and the way in which the application of the planning principle is developed, how previous studies should be adequately prepared to avoid cost overruns and similarly, verify foreseeable risks, in order to protect the general interest.

Keywords: State Social Companies, Legal Regime, Recruitment, Principles of public procurement.



Introducción

Para cumplir con sus fines esenciales, la prestación eficiente de servicios y satisfacer las necesidades de sus administrados, el Estado colombiano requiere la adquisición de bienes y servicios; lo cual se ejecuta mediante los procesos de contratación estatal, regulados en el ordenamiento jurídico nacional a través de dos regímenes diferentes, por una parte, en encuentran las Entidades Estatales regidas por el Estatuto General de la Contratación (Ley 80 de 1993) y por otra parte, están las entidades excluidas por el legislador del régimen ya mencionado, aquellas que están sometidos al derecho privado, aunque deben respetar los principios generales de la contratación pública.

Para ambos casos, el Consejo de Estado ha sido enfático en reconocer la transcendencia que tienen los principios que rigen la actividad contractual, en especial el principio de planeación, ya que si bien este no es mencionado taxativamente en las normas positivas del país, su desarrollo se ha logrado a través de la hermenéutica jurídica efectuada por las Altas Cortes colombianas. La relevancia del principio de planeación radica en la posibilidad de estudiar la factibilidad y viabilidad económica, financiera, política, social, ambiental de un proceso de contratación, tratando de anticipar las acciones, documentos, recursos, permisos, entre otros, requeridos para culminar satisfactoriamente y en el momento oportuno el contrato celebrado entre las partes, logrando un proceso eficiente y acorde con los fines esenciales del Estado y con el interés general de la población.

A partir de lo planteado en breve, el propósito con la presente investigación es analizar en la etapa precontractual del proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado, la aplicación del principio de planeación y la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles, conforme la Resolución 5185 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social y



la Jurisprudencia del Consejo de Estado; lo cual se llevó a cabo mediante el método de investigación sistemático jurídico, partiendo de un proceso de inducción y de las normas y diversas posiciones jurídicas que se tienen frente a la materia.

Este documento está constituido por siete secciones, iniciando con el de la monografía de investigación, mediante el cual se especifica la situación problemática a trabajar con este proyecto, los objetivos que orientaron el desarrollo del mismo, la pregunta de investigación, la justificación y la metodología utilizada para el proceso de recopilación y análisis de la información. La segunda sección, está relacionado con la descripción de la etapa precontractual en los procesos de contratación teniendo en cuenta los estudios y documentos previos implicados con la misma. Una tercera sección, hace referencia al régimen jurídico y contractual de las Empresas Sociales del Estado E.S.E. a la luz de la jurisprudencia y doctrina. En la sección cuatro se define el alcance del principio de planeación en materia de contratación, desde la perspectiva del Consejo de Estado, las Empresas Sociales del Estado E.S.E. y la Resolución 185 de 2013, la misma que es estudiada en la sección cinco, la cual se aborda con respecto a la competencia del Ministerio de Salud y Protección Social al expedir dicha norma, las directrices en materia de contratación y el alcance la etapa de planeación contenida en esta resolución. Se finaliza con las conclusiones y con las referencias bibliográficas de las fuentes documentales y normativas, utilizadas para la elaboración de esta monografía.



De la Monografía de Investigación

Justificación

En desarrollo de la función administrativa el principio de planeación, puede concebirse como una estrategia que, a través de diferentes pasos, con un enfoque detallado y sistémico, conllevan a la materialización del cumplimiento de los fines del Estado. Es de esta manera que, dentro del principio de planeación, entendido como una preconcepción del negocio jurídico, se tenga conocimiento previo de los posibles riesgos que estén asociados al proceso en cualquiera de sus etapas, lo que le va a permitir a la administración, mitigar los mismos y darle el tratamiento adecuado.

En este orden de ideas el Consejo de Estado ha enfatizado en la importancia de dar aplicación a los principios, ya que estos son medios para que las entidades actúen para el cumplimiento de las finalidades públicas. Así mismo, Aponte Díaz (2014), agrega que:

Uno de los elementos más destacados de un modelo de planeación es su capacidad predictiva en términos científicos, es decir, de anticipar comportamientos futuros, de fenómenos que previamente han sido estudiados y de los cuales se ha podido de manera hipotética-deductiva, establecer regularidades expresadas en términos de causa y efecto, de medios y resultados (p. 183).

En Colombia se ha insistido en exigir la observancia de los principios que orientan la función administrativa para los regímenes excepcionales de contratación pública. Las Empresas



Sociales del Estado (E.S.E), en virtud de la Ley 100 de 1993, tienen a su cargo la prestación efectiva y material de los servicios de salud. En materia contractual, el legislador decidió aplicarles el régimen de derecho privado, otorgándoles además la facultad de incorporar las cláusulas exorbitantes del Estatuto Contractual. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que por mandato expreso de la Ley 1150 de 2007, las entidades que cuentan con un régimen excepcional al del Estatuto Contractual, deben aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal contenidos en los artículos 209 y 267 constitucionales, e igualmente, someterse al régimen de inhabilidades e incompatibilidades propio de la contratación estatal. Al respecto, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, señala:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (Congreso de la República. Ley 1150, 2007).

Ha sido recurrente, desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, exigir la observancia de los principios que orientan la función administrativa para estos regímenes excepcionales. Teniendo en cuenta estas especiales circunstancias, surgen varias inquietudes, puesto que existen principios de la contratación pública que no se encuentran de manera taxativa en el artículo 209 de la Constitución Política, como lo es, la planeación.

Desde esta perspectiva, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 3 de diciembre de 2007, indicó:



Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada.

Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia.

Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas (Sentencia 24.715. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, p. 11).

Es posible establecer entonces, en dicha sentencia que es obligatorio por parte de las Entidades dar aplicación a los principios ya que se convierten en criterios de interpretación de



situaciones jurídicas que no son expresamente reglamentadas. Mediante la Resolución No. 5185 de 14 de diciembre 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, da los lineamientos para que la Empresas Sociales del Estado adopten sus Estatutos de Contratación, conforme con el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011. En ella se incluye la etapa de planeación con los parámetros que deben contener los estudios previos, pero se dejan vacíos jurídicos en cuanto a los demás contenidos del principio de planeación en la etapa contractual, tales como: el estudio del sector, con el fin de conocer cuál es el presupuesto que debe tener el proceso de selección, en los que se deberá tener en cuenta ¿Qué necesito? ¿Por qué voy a contratar? ¿Para qué voy a contratar? ¿Cómo lo voy a contratar? ¿Qué dice el Plan Anual de Adquisiciones? ¿Qué marcas hay? ¿Cuáles son las especificaciones técnicas del producto que necesito? ¿Qué alternativas me ofrece el mercado? ¿Cuáles son los indicadores financieros que voy a solicitar? ¿Qué regulación tiene el sector? ¿Cuál es la dinámica de importación y exportación?, entre otras.

Respecto al análisis de riesgos, es claro que la Empresas Sociales del Estado deben evaluar el riesgo que el proceso de contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, sin embargo, en la Resolución 5185 de 2013, no se define si se debe realizar de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente, estimando los riesgos en el proceso y en la ejecución, los previsibles, los imprevisibles (hechos de la naturaleza, hechos políticos) y previsibles amparados en la garantía, riesgos previsibles no amparados (Quién lo debe soportar, qué medidas se deben efectuar para evitar que ocurra o pueda ser mitigado), medidas para monitorear los riesgos. Un reflejo de la función administrativa y de los principios de la contratación estatal, se manifiesta en las normas presupuestales en las que se incluye como obligación de las Entidades públicas, invertir adecuadamente los recursos, lo cual a su vez debe estar alineado al Plan de desarrollo y demás planes de gobierno.



De esta manera, se podría tener confusión y entrar a analizar si las Empresas Sociales del Estado no están en la obligación de realizar los estudios de mercado y si pueden utilizar su medición de riesgos, o si, por el contrario, se deberían implementar los manuales e instrumentos que en materia de planeación contractual ha emitido Colombia Compra Eficiente, la cual genera instrumentos que sirven de herramienta para fortalecer la planeación de la actividad administrativa contractual.

Se debe tener en cuenta que una de las medidas de prevención del daño antijurídico es tener debidamente sustentada la etapa de planeación del negocio jurídico, evaluando cuales son las necesidades reales de la Entidad, si se disponen de los recursos suficientes, conocer los alcances técnicos y jurídicos del contrato a realizar, si se conocen los riesgos asociados al proceso de contratación, entre otros. Las inconsistencias que se tengan durante esta etapa repercuten sobre el desarrollo del contrato en hechos, por ejemplo, como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, o en la etapa precontractual en la declaratoria de desierto del proceso de selección.

En la actualidad, la jurisprudencia brinda especial importancia a la planeación en los procesos contractuales, y surge como tendencia indicar que la falta de esta, conlleva a la nulidad del contrato. En sentencia del 24 de abril de 2013, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, fundó el precedente, según el cual la violación del principio de planeación en un contrato estatal trae como consecuencia, la declaratoria de nulidad absoluta de este por objeto ilícito (Sentencia 27.315. Consejo de Estado. Subsección C de la Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio, 2013). Posteriormente, Sandoval Peña (2015) reseñó, que:

En sentencias del 13 de junio de 2013, este precedente fue reiterado por la misma Subsección del Consejo de Estado, también con ponencia del consejero Santofimio



(Radicado No. 66001-23-31-000-1999-00435- 01 (24809); Radicado No. 66001-23-31-000-1998- 00685-01 (26637)). Estas decisiones contaron con el salvamento de voto del Consejero Enrique Gil Botero, quien no estuvo de acuerdo con la tesis expuesta por la mayoría, en el sentido de declarar la nulidad del contrato por objeto ilícito, ante la contravención del deber de planeación (20 mayo, 2013 y 5 julio, 2013) (...)

Para un sector de la jurisprudencia, la consecuencia no puede ser otra que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por materializarse el vicio de objeto ilícito, en la medida en que el deber de planeación se constituye en un mandato que al no ser respetado se traduce en la violación del orden jurídico imperante. En contraposición, otro sector explica que el desconocimiento del deber de planeación no atañe a aspectos relacionados con su validez, en tanto que este tiene que ver con el análisis de las obligaciones que emanan del contrato y su cumplimiento o incumplimiento (p. 5-23).

Por todo lo anteriormente relacionado, se reviste de gran importancia el conocer si los lineamientos dados en la Resolución 5185 de 2013, son suficientes para dar aplicación al principio de planeación o si se requiere hacer extensivo lo definido en los manuales y guías de Colombia Compra Eficiente, para la Entidades que se rigen por las normas de contratación pública y ser aplicados, de igual manera, a la contratación de las empresas sociales del Estado.

Pregunta de investigación

¿Cómo debe realizarse en la etapa precontractual del proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado, la aplicación del principio de planeación y la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles, conforme con la Resolución 5185 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social y la Jurisprudencia del Consejo de Estado?



Objetivos

Objetivo General

Analizar en la etapa precontractual del proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado, la aplicación del principio de planeación y la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles, conforme la Resolución 5185 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social y la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Objetivos Específicos

- Examinar el régimen jurídico y la etapa precontractual del proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado a la luz de la jurisprudencia y doctrina.
- Determinar el alcance del principio de planeación y la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles en los procesos de contratación de las Empresas Sociales del Estado, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la normativa nacional.
- Establecer el alcance del principio de planeación contenido en la Resolución 5185 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Metodología

Para el desarrollo de esta monografía, el método de investigación a utilizar, teniendo en cuenta los postulados teóricos de Botero Uribe (1997), 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 respecto a lo relacionado con el principio de planeación en la etapa precontractual, correlativamente debe estudiarse lo planteado con esta disposición normativa, identificando qué ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina.



Lo anterior permitirá generar un aporte que contribuya a la solución de diversas situaciones que se presentan en torno a la aplicación del principio de planeación en la etapa precontractual por parte de 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. Etapa Precontractual de los Procesos de Contratación

Para cumplir con sus fines esenciales, la prestación eficiente de servicios y satisfacer las necesidades de sus administrados, el Estado colombiano requiere la adquisición de bienes y servicios; lo cual se ejecuta mediante los procesos de contratación estatal, regulados en el ordenamiento jurídico nacional a través de dos regímenes diferentes, por una parte, en encuentran las Entidades Estatales regidas por el Estatuto General de la Contratación (Ley 80 de 1993) y por otra parte, están las entidades excluidas por el legislador del régimen ya mencionado, aquellas que están sometidos al derecho privado, aunque deben respetar los principios generales de la contratación pública.

Algunos de los principios que regulan las relaciones contractuales de las Entidades Estatales, son: economía, transparencia, responsabilidad, interpretación de las reglas contractuales, ecuación contractual y el principio de planeación. Con respecto a este último, es relevante clarificar que se trata de un principio no tipificado explícitamente en la Ley 80 de 1993, sin embargo, en reiteradas ocasiones, la jurisprudencia nacional ha reconocido y destacado su papel preponderante para lograr procesos de contratación eficientes; dado que el mismo, está relacionado con todas las acciones efectuadas durante el proceso de contratación, desde el momento de identificación de las necesidades de las Entidades Estatales hasta la etapa de evaluación del cumplimiento de los términos contractuales, pasando por la ejecución debida del contrato.

La primera fase del proceso de contratación estatal, es la planeación, también denominada etapa precontractual, entendida según los aportes de teóricos de Dávila Vinueza (2016), como el ciclo preparatorio de la contratación pública, durante el cual se efectúa el estudio de factibilidad del objeto contractual posterior, desde sus dimensiones jurídica, financiera, económica, técnica y política. En Colombia, la etapa precontractual se perfecciona con la elaboración íntegra del Plan



Anual de Adquisiciones (PAA), análisis del sector económico y de los oferentes, estudios previos estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible y el pliego de condiciones o términos de referencia; los cuales se explican en las siguientes secciones.

1.1. Plan Anual De Adquisiciones (PAA)

Según se ha referenciado en breve, la etapa precontractual en la contratación estatal en Colombia, se inicia con la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones (en adelante PAA), para su posterior publicación en el Sistema de Electrónico de Contratación Pública (SECOP), un portal transaccional, a través del cual las Entidades Estatales publican los documentos asociados con sus procesos de contratación y además, pueden tener una comunicación abierta con las organizaciones privadas basada en los preceptos de la contratación estatal.

De conformidad con el Decreto 1510 de 2013 (Decreto compilado en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015), el PAA hace referencia a “un instrumento de planeación contractual que las Entidades Estatales deben diligenciar, publicar y actualizar en los términos del presente decreto” (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1510, 2013, art. 3). De igual forma, es definido como “una herramienta para: (i) facilitar a las entidades estatales identificar, registrar, programar y divulgar sus necesidades de bienes, obras y servicios; y (ii) diseñar estrategias de contratación basadas en agregación de la demanda que permitan incrementar la eficiencia del proceso de contratación” (Colombia Compra Eficiente, 2017a, p. 2).

Es oportuno agregar que el PAA está asociado normativamente con el plan general de compras regulado con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, con el cual se instituye que las entidades del Estado deben presentar un plan de acción para la anualidad siguiente, a más tardar el 31 de enero de cada año, se trata de un plan integrado, entre otros contenidos, por los planes



generales de compras (Congreso de Colombia. Ley 1474, 2011). Así mismo, el PAA se encuentra reglamentado por el plan de compras referido en la Ley Anual de Presupuesto.

De acuerdo con el precitado texto, para la elaboración de este plan, las Entidades Estatales deben tener claridad acerca de los bienes, obras y servicios que se pretenden adquirir en el transcurso de un año, precisando la necesidad a satisfacer con los mismos e identificando aquellos, según el Clasificador de Bienes y Servicios dispuesto para ello. Entre otros asuntos, el PAA debe suministrar información, acerca del “valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación” (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1510, 2013, art. 4). A través de este mismo Decreto, se confirió a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, (creada con el Decreto 4170 de 2011), la función de definir los lineamientos y el formato estándar para la elaboración del PAA y de este modo, disponer de información uniforme para realizar compras coordinadas y colaborativas. En este sentido, Colombia Compra Eficiente, propone una lista de verificación para que las Entidades Estatales cumplan a cabalidad con la totalidad de etapas que implica este proceso precontractual (ver figura 3).



Figura 1. Lista de verificación para elaborar o actualizar el PAA.
Fuente: adaptado de Colombia Compra Eficiente (2017a).

Según los datos de la figura 3, se visualiza que la elaboración del PAA se inicia con la organización del equipo de trabajo y el funcionario a cargo de este plan, junto con el desarrollo del cronograma de actividades, donde se detallan las fases de planeación y de diligenciamiento de este plan, precisando el tiempo requerido para llevarlas a cabo. Así mismo, se procede con la declaración estratégica¹, referida al contexto de la Entidad Estatal que elabora el PAA, para lograr que los potenciales proveedores pueden proveer soluciones a la medida de las necesidades de aquella. Posteriormente, se detallan los bienes, obras o servicios requeridos por la Entidad Estatal, identificando aquellos que son de su pleno conocimiento utilizando el Clasificador de Bienes y

¹ La declaración estratégica está conformada por los siguientes datos: a. Nombre de la entidad b. Dirección c. Teléfono d. Página web e. Perspectiva estratégica (incluyendo iniciativas clave, información útil para posibles proveedores, número de personas que trabajan en la entidad, políticas y programas previstos para el año para el cual es elaborado el Plan Anual de Adquisiciones y presupuesto anual). f. Información de contacto g. Valor total del PAA h. Límite de contratación de menor cuantía i. Límite de contratación de mínima cuantía j. Fecha de última actualización del PAA (Colombia Compra Eficiente, 2017a, p. 5).



Servicios de las Naciones Unidas, así como, las necesidades identificadas, pero de las cuales desconoce el producto preciso para satisfacerlas, suministrando una lista de los posibles códigos de los productos o servicios que puedan suplirlas (Colombia Compra Eficiente, 2017a).

Continuando con la figura 3, se observa que el cuarto elemento en la lista de verificación del PAA, hace referencia a la información para los proveedores, es decir, los datos de contacto del funcionario a cargo de este plan, para que los interesados puedan solicitar datos adicionales acerca de las adquisiciones requeridas. Sumado a esto, el funcionario encargado, debe agregar dos declaraciones relacionadas con el PAA, una acerca de los objetivos generales² que se pretenden alcanzar con este plan y otra, referida a la naturaleza³ del PAA (Colombia Compra Eficiente, 2017a).

Para finalizar el PAA, el funcionario encargado del mismo, debe determinar en el transcurso del año, la necesidad o no de efectuar actualizaciones adicionales al plan, teniendo en cuenta que este debe ser publicado antes del 31 de enero de cada anualidad y actualizado por lo menos una vez al año (Colombia Compra Eficiente, 2017a); cuando se presente alguna de estas circunstancias: “(i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos; (ii) para incluir nuevas obras, bienes y/o servicios; (iii) excluir obras, bienes y/o servicios; o (iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones” (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1510, 2013, art. 7, inc. 2).

² La declaración de los principales objetivos del PAA, que debe estar contenida en el mismo, es la siguiente: *El principal objetivo del Plan Anual de Adquisiciones es permitir que la entidad estatal aumente la probabilidad de lograr mejores condiciones de competencia a través de la participación de un mayor número de operadores económicos interesados en los procesos de selección que se van a adelantar durante el año fiscal, y que el Estado cuente con información suficiente para realizar compras coordinadas* (Colombia Compra Eficiente, 2017a, p. 7) (cursiva en texto original).

³ La declaración de la naturaleza del PAA, que debe estar contenida en el mismo, es la siguiente: *El Plan Anual de Adquisiciones (PAA) es un documento de naturaleza informativa y las adquisiciones incluidas en el mismo pueden ser canceladas, revisadas o modificadas. Esta información no representa compromiso u obligación alguna por parte de la entidad estatal ni la compromete a adquirir los bienes, obras y servicios en él señalados* (Colombia Compra Eficiente, 2017a, p. 7) (cursiva en texto original).



1.2. Análisis del sector económico y de los oferentes

La Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE), el formuló al Gobierno Nacional, en su momento, la importancia de efectuar el análisis del sector y de los oferentes, desde sus dimensiones legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y del riesgo; con el propósito de promover buenas prácticas en materia de promoción de la competencia en los procesos de contratación pública; de ahí surge la necesidad de institucionalizar este tipo de estudio, los cuales se ejecutan, una vez, la Entidad Estatal reconoce sus necesidades e identifica los bienes, obras o servicios que pueden suplir las mismas, procedimiento reflejado en el PAA.

En esta instancia del proceso precontractual de la contratación pública en Colombia, las Entidades Estatales tienen el deber de elaborar el estudio del sector económico y de los oferentes, con la finalidad de analizar el mercado relativo al objeto del proceso de contratación; de los cuales debe dejar constancia en los Documentos del Proceso. La normativa actual en Colombia relacionada con este estudio, principalmente el Decreto 1082 de 2015, establece que las Entidades Estatales, deben ejecutar estos análisis independientemente de la modalidad de contratación; aunque la entidad Colombia Compra Eficiente (2017b), en la guía propuesta para la elaboración del estudio del sector, plantea recomendaciones particulares para el desarrollo de los mismos, con respecto a las modalidades de contratación directa y de mínima cuantía, toda vez, que la naturaleza de ambas modalidades amerita un estudio menos extensivo.

Bajo la modalidad de contratación directa, las Entidades del Estado se concentran en estudiar el sector económico, fundamentalmente, con relación al objeto del proceso de contratación y las condiciones del contrato, tales como: plazos, formas de entrega y de pago. En este caso, es relevante, justificar la decisión de efectuar este tipo de contratación, la selección del proveedor y demostrar que la forma de contratación cumple con los principios de economía, eficiencia y



eficacia. En virtud de la contratación de mínima cuantía, el alcance del estudio del sector económico, guarda relación con el “valor del Proceso de Contratación, la naturaleza del objeto a contratar, el tipo de contrato y a los Riesgos identificados para el Proceso de Contratación” (p. 13); por lo cual, dicho estudio se enfoca en el análisis de otros procesos de contratación similares y de las condiciones generales de los potenciales oferentes. Cuando el objeto del proceso de contratación es importante para que la Entidad Estatal cumpla con sus actividades misionales o los riesgos implicados con este proceso requieren un tratamiento especial; el estudio del sector económico debe ser más complejo y detallado (Colombia Compra Eficiente, 2017b).

Grosso modo, el estudio del sector económico en Colombia, se ejecuta a través de tres análisis en particular, a saber: aspectos generales del mercado, el estudio de la oferta y de la demanda. El primer estudio tiene un alcance local, regional y nacional y/o internacional, está relacionado con el análisis de las condiciones generales del mercado, con respecto a los diferentes contextos que se conjugan en el mismo, siendo los más relevantes:

- **Económico:** es una descripción analítica acerca de la dinámica y tendencias del sector, a cuanto a los productos existentes en este y desde la perspectiva de su crecimiento, inversión, nivel de ventas, importaciones, exportaciones, variación de los precios, participantes en el sector, comportamiento de las variables macroeconómicas, cadena de producción, etc.
- **Técnico:** por su parte, el estudio del contexto técnico del sector económico objeto de análisis, implica evaluar las especificaciones técnicas y tecnológicas del objeto del proceso de contratación, teniendo en cuenta cambios tecnológicos, especificaciones de calidad, condiciones especiales y tiempos de entrega.
- **Regulatorio:** en lo referente a este análisis, las Entidades Estatales deben estudiar y comprender la normativa ambiental, tributaria, de mercado, de precios, etc., que regula a los



proveedores y compradores del sector, así como, los bienes, obras o servicios que integran el objeto del proceso de contratación. Especial atención deben tener con respecto al estudio de las Normas Técnicas Colombianas (NTC), acuerdos, normas y órganos regulatorios y de control, internacionales que inciden en este sector.

- **Otros contextos:** de acuerdo con el objeto del proceso de contratación, las Entidades Estatales, determinan que contextos adicionales deben ser analizados, algunos de estos, pueden ser: ambiental, social, político u otro (Colombia Compra Eficiente, 2017b).

Continuando con la elaboración del estudio del sector económico, las Entidades Estatales proceden con el análisis de la oferta, iniciando con la identificación de los proveedores del bien, obra o servicio objeto de contratación, seleccionando una muestra representativa y examinando variables, como: tamaño empresarial, ubicación, esquemas de producción, distribución, entrega de los bienes o suministro del servicio; así como, sus procesos logísticos, comportamiento financiero, posibles riesgos de colusión, comportamiento histórico y tendencias en la variación de los precios teniendo en cuenta el IPC, tasa de cambio y poder de negociación de los proveedores (Colombia Compra Eficiente, 2017b).

Esta última variable, es determinante para establecer el grado de concentración de la competencia, ya que, a menor cantidad de proveedores, mayor poder de negociación y la posibilidad de precios más altos y condiciones menos favorables para las Entidades Estatales. Algunas de las herramientas que pueden ser utilizadas para el análisis de los proveedores y la dinámica de producción de los bienes, obras o servicios requeridos; son las bases de datos sectoriales y gremiales del país, caso concreto, aquellas dispuestas por las Cámaras de Comercio y el Sistema de Información y Reporte Empresarial (SIREM). De igual forma, es significativo tener comunicación directa y abierta con los proveedores para tener mayor comprensión acerca de



la dinámica del sector, incluso solicitar cotizaciones con los mismos (Colombia Compra Eficiente, 2017b).

Con respecto al estudio de los oferentes, es pertinente agregar que el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, preceptúa que las personas naturales y jurídicas, nacionales e internacionales con dominio en Colombia, que aspiran a celebrar contratos con el Estado; tienen la obligación de estar registradas en el Registro Único de Proponentes (RUP), un sistema de información operado a través de las Cámaras de Comercio del país, las cuales tienen a su cargo, verificar y certificar la idoneidad de la información presentada por los oferentes relacionada con los requisitos habilitantes definidos en el artículo 2.2.1.1.1.5.3.⁴ de este Decreto, a saber: experiencia, capacidad jurídica, capacidad financiera, capacidad de organización y clasificación del proponente. Sumado a este registro, los oferentes también deben acreditar su Capacidad Residual o K de contratación, se trata de un factor aritmético que brinda una calificación acerca de la aptitud de los oferentes para cumplir con sus obligaciones contractuales de forma oportuna y diligente, aun cuando medie su participación en otros compromisos bajo la responsabilidad de aquellos. En este sentido, las Entidades Estatales deben calcular este factor, computando

⁴ **Artículo 2.2.1.1.1.5.3. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP.** Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV. Los contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y sociedades en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación, para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV.
2. Capacidad jurídica – La capacidad jurídica del proponente para prestar los bienes, obras, o servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales y la capacidad del representante legal de las personas jurídicas para celebrar contratos y si requiere, autorizaciones para el efecto con ocasión de los límites a la capacidad del representante legal del interesado en relación con el monto y el tipo de las obligaciones que puede adquirir a nombre del interesado.
3. Capacidad Financiera – los siguientes indicadores miden la fortaleza financiera del interesado: 3.1. Índice de liquidez: activo corriente dividido por el pasivo corriente; 3.2. Índice de endeudamiento: pasivo total dividido por el activo total; 3.3. Razón de cobertura de intereses: utilidad operacional dividida por los gastos de intereses.
4. Capacidad Organizacional – los siguientes indicadores miden el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de activos del interesado: 4.1. Rentabilidad del patrimonio: utilidad operacional dividida por el patrimonio; 4.2. Rentabilidad del activo: utilidad operacional dividida por el activo total (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082, 2015).



inicialmente la Capacidad Residual del Proceso de Contratación (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082, 2015), usando la siguiente fórmula:

$$\text{Capacidad Residual del Proceso de Contratación} \\ = \text{Presupuesto oficial estimado} - \text{Anticipo}$$

De acuerdo con lo anterior, la Capacidad Residual del Proceso de Contratación, equivale a la proporción de lineal de doce (12) meses del presupuesto oficial estimado menos el anticipo cuando haya lugar. Una vez, se tiene este dato, la Entidad Estatal procede a calcular la Capacidad Residual del proponente teniendo en cuenta los siguientes factores: experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica, capacidad de organización y los saldos de los contratos de ejecución (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082, 2015).

Para complementar el estudio de la oferta y el análisis del mercado, se debe efectuar el estudio de la demanda, con la finalidad de analizar otros procesos de contratación similares alojados en la plataforma SECOP, que permitan dilucidar las fortalezas y debilidades de los mismos y de este modo, identificar como han sido ejecutados dichos procesos y tener mayor probabilidad de lograr la eficiencia del proceso de contratación actual, adelantado por la Entidad Estatal en cuestión. En esta instancia es menester estudiar, entre otros asuntos: las especificaciones técnicas, requisitos habilitantes, método de evaluación de ofertas y las modalidades de contratación utilizadas; información que se encuentran en los pliegos de condiciones, adendas, observaciones a los pliegos, actas de evaluación, contratos y demás, documentos del proceso.

1.3. Elaboración de estudios previos



El desarrollo de la etapa precontractual de los procesos de contratación estatal en Colombia, requiere de una tercera actividad, referida a la elaboración de los estudios previos, los cuales son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato, mismos que deben permanecer a disposición del público durante todo el desarrollo del proceso de Para cumplir a cabalidad, con los estudios previos, legislador establece que las Entidades Estatales, deben efectuar una serie de procedimientos, algunos de carácter general para todos los procesos de contratación, exceptuando la contratación por mínima cuantía y otros específicos para cada modalidad de selección, especialmente con respecto al de mínima cuantía. Con respecto a los primeros, el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, consagra que los estudios previos, deben contener los siguientes elementos:

- **Necesidad que la Entidad Estatal:** Descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación; teniendo en cuenta la información del PAA.
- **Objeto a contratar con sus especificaciones:** Se requieren las autorizaciones, permisos y licencias necesarios para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
- **Modalidad de selección del contratista:** Justificación de la modalidad de selección del contratista, definida para el objeto del proceso de contratación, incluyendo los fundamentos jurídicos. Las modalidades definidas en el país al respecto, son: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía.
- **Valor estimado del contrato y la justificación del mismo:** Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe



publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

- **Criterios para seleccionar la oferta más favorable:** En términos generales, según el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales definen los factores objetivos de selección y calificación de la oferta más favorable según la necesidad y el objeto del proceso de contratación; aunque también deben tener en cuenta, lo siguiente:
 - La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello (num. 2).
 - Cuando se trata de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido (num. 3).



- En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores (num. 4) (Congreso de Colombia. Ley 1150, 2007).

- **Análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo**

El fundamento de este estudio, según el Decreto 1082 de 2015, es la identificación de los riesgos en general que pueden afectar la totalidad del proceso de contratación y no solo los riesgos previsible que puede incidir en el equilibrio económico del contrato, como se determinó con la Ley 1150 de 2007; con respecto a los cuales se debe establecer la forma más efectiva para mitigarlo. Grosso modo, el riesgo en el decreto mencionado, se comprende como un “evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato” (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.1.3.1.).

En este sentido y según como se indica en secciones posteriores, en el Documento Conpes 3714 de 2011, los riesgos contractuales más frecuentes y que deben ser analizados en esta etapa, están clasificados en cinco grupos, a saber: riesgos previsible, riesgos imprevisible, riesgos cubiertos con Régimen de Garantías, obligaciones contingentes y riesgos generados por malas prácticas. Dado que posteriormente, se profundiza acerca de los riesgos previsible, basta decir por el momento, que son aquellos que son identificables y cuantificables en condiciones normales (Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. Documento 3714, 2011); los cuales, según su naturaleza, se agrupan en las siguientes categorías: riesgos generales que se pueden



aplicar para diferentes procesos de selección, riesgos generales aplicables a Contratos de Obra, riesgos generales aplicables a Contratos de Suministro de Bienes Muebles, riesgos generales aplicables a Contratos de Arrendamiento, riesgos generales aplicables a Contratos de Consultoría, riesgos generales aplicables a Contratos de Servicio de Vigilancia, riesgos generales aplicables a Contratos de Servicio de Aseo y Cafetería, riesgos generales aplicables a Contratos de Prestación de Servicios Profesionales y Apoyo a la Gestión (Veeduría Distrital, 2017).

Prosiguiendo con los riesgos imprevisibles, como su nombre lo indica, son aquellos eventos de los cuales no se puede establecer su previsibilidad, dado que no se dispone información estadística confiable y, además, por su naturaleza, no pueden presagiarse. Algunos de estos riesgos, son: temblores, terremotos, incendios, inundaciones, entre otros. Ya que son imprevisibles, se omiten en la matriz de riesgos. Sumado a esto, los riesgos cubiertos con el Régimen Legal de Garantías, hace referencia a los riesgos para los cuales se han consagrado en la legislación colombiana, diversos mecanismos de cobertura para ampararlos, por lo tanto, no hacen parte de la matriz de riesgos (Veeduría Distrital, 2017). Dentro de estos riesgos, se consideran, entre otros, los siguientes:

(i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.3.1.1.).

En lo concerniente con las obligaciones contingentes, en ocasión de los contratos estatales, se considera que están relacionadas con aquellas obligaciones en dinero que asume la Entidad



Estatal a favor del contratista, por la ocurrencia de un evento futuro e incierto. Debido a sus particularidades, se ha definido un proceso de gestión especial, con respecto a su identificación, valoración, mitigación y seguimiento (Conpes. Documento 3714, 2011). Por otra parte, los riesgos derivados de malas prácticas, “son aquellos sucesos que pueden ocasionarse por acciones negativas en la contratación o por riesgos operacionales que se manifiestan durante el proceso precontractual y que afectan la ejecución del contrato” (Conpes. Documento 3714, 2011, p. 16); entre estos, se encuentran: 1) Falta de planeación del contrato⁵, 2) Contratación sin soporte presupuestal⁶ y 3) Ilegalidad del acto de adjudicación o declaratoria de desierta⁷. Igual que los anteriores, estos riesgos se analizan de una forma especial, mediante el proceso establecido en el denominado Manual de las Buenas Prácticas de la Contratación Estatal (p. 13).

Una vez efectuada la aclaración acerca de los diversos y posibles riesgos que se pueden presentar en el proceso de contratación estatal, el análisis de los riesgos se efectúa mediante la identificación, descripción, valoración, categorización, calificación de la probabilidad e impacto, así como, la determinación de las posibles consecuencias; todo esto acerca de aquellos riesgos previsible y no asegurables, que pueden afectar, específicamente, la planeación y ejecución contractual. Como se señaló anteriormente, con esta información se procede a la elaboración de la matriz de riesgos y acto seguido, se realiza una matriz relacionada con la forma de mitigar cada

⁵ Son los eventos en los que la entidad estatal ordena la ejecución de una actividad o la prestación de un servicio, sin contar con un contrato que la ampare o sin esperar a que este quede debidamente perfeccionado (p. 18). Una recomendación en este caso, sería mediante la elaboración de un instructivo, en el que se expliquen los requisitos que deben acreditarse para que el contrato quede perfeccionado (Departamento Nacional de Planeación [DNP], 2004).

⁶ Se trata de una causa adscrita a la etapa precontractual, en tanto es en esta etapa en la que debe definirse el compromiso presupuestal que supone el contrato por celebrar (p. 19). Para la prevención del daño en este caso, se recomienda entre otras acciones, la revisión en el contrato de la existencia de apropiación presupuestal para respaldar los contratos (DNP, 2004).

⁷ Esta causa se origina en el desconocimiento por parte de las entidades, de los criterios de evaluación de las propuestas que ellas mismas han fijado en sus procesos de selección, o del propósito con el que se ha adelantado un determinado proceso de selección. Una solución en este caso, puede ser, dar aplicación al desarrollo reglamentario del deber de selección objetiva señalado en el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002 (DNP, 2004).



uno de los riesgos de la anterior matriz; definiendo las siguientes variables: número designado a cada riesgo, a cuál de las partes intervinientes que se le designa la responsabilidad del riesgo, tratamiento o control a implementar para mitigarlo, determinar el impacto después del tratamiento o control (valoración del riesgo, de la probabilidad e impacto), definir si afecta el equilibrio económico del contrato o no, establecer la persona responsable de implementar el tratamiento o control indicado previamente y definir el monitoreo y revisión del riesgo, en función de cómo se realiza el monitoreo y la periodicidad.

- **Garantías que pretende exigir la entidad estatal en el Proceso de Contratación**

La Entidad Estatal debe definir las garantías que contempla exigir en el Proceso de Contratación, las cuales permiten la cobertura de algunos riesgos comunes del proceso de contratación, identificados mediante el estudio mencionado en breve. La definición de las garantías a exigir en el proceso de contratación, deben estar relacionadas con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato. Las Entidades Estatales, según el tipo de garantía y la cobertura, pueden solicitar las siguientes garantías: 1) contratos de seguro, 2) fiducia mercantil de garantía o 3) garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las establecidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015. Cabe mencionar que, a excepción de las modalidades de selección de contratación directa, mínima cuantía y la contratación de seguros; no es un requisito la solicitud de garantías, pero en caso de requerirse, las Entidades Estatales debe justificar dicha exigencia.

- **Proceso de Contratación cobijado por un Acuerdo Comercial (indicación)**

En términos generales, con este estudio se busca identificar aquellos Acuerdos Comerciales aprobados e incorporados a la normativa nacional que son aplicables a determinados procesos de contratación. Este análisis implica el estudio de las disposiciones legislativas implicadas con



dichos procesos y los plazos mínimos para presentar las ofertas, con el propósito de darle cumplimiento efectivo a los mismos.

Según se ha referenciado en acápites anteriores, los estudios previos ya explicados, por su naturaleza jurídica y contractual, ya que se efectúa una contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto; no aplican para la contratación de mínima cuantía; por lo cual el legislador determinó, los siguientes estudios previos para este tipo de selección:

1) La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación, 2) la descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, 3) las condiciones técnicas exigidas, 4) el valor estimado del contrato y su justificación, el plazo de ejecución del contrato y 6) el certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.1.5.1.).

Una vez, las Entidades Estatales dispongan de la totalidad de los estudios previos, proceden a realizar el respectivo aviso de convocatoria, llamado invitación en el caso de contratación de mínima cuantía para que, de este modo, los oferentes interesados, puedan participar del proceso de contratación. Este aviso de convocatoria, en las modalidades de selección de la contratación directa y mínima cuantía se omite con respecto a la publicación en el SECOP, no obstante, el mismo debe contener la siguiente información general:

1. El nombre y dirección de la Entidad Estatal.
2. La dirección, el correo electrónico y el teléfono en donde la Entidad Estatal atenderá a los interesados en el Proceso de Contratación, y la dirección y el correo electrónico en



donde los proponentes deben presentar los documentos en desarrollo del Proceso de Contratación.

3. El objeto del contrato a celebrar, identificando las cantidades a adquirir.
4. La modalidad de selección del contratista.
5. El plazo estimado del contrato.
6. La fecha límite en la cual los interesados deben presentar su oferta y el lugar y forma de presentación de la misma.
7. El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la Entidad Estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal.
8. Mención de si la contratación está cobijada por un Acuerdo Comercial.
9. Mención de si la convocatoria es susceptible de ser limitada a Mipyme.
10. Enumeración y breve descripción de las condiciones para participar en el Proceso de Contratación.
11. Indicar si en el Proceso de Contratación hay lugar a precalificación.
12. El Cronograma.
13. La forma como los interesados pueden consultar los Documentos del Proceso (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.1.2.).

1.4. Estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles

Si bien durante la elaboración de los estudios previos, se realiza un acercamiento con respecto a los riesgos que pueden afectar con el proceso de contratación, en esta instancia de la etapa precontractual se profundiza acerca de los riesgos previsibles, procurando con ello, su correcta estimación, tipificación y asignación, para dar cumplimiento a la obligación de incluir en los pliegos de condiciones la distribución de los riesgos previsibles durante el proceso de selección de contratistas, tal como quedo preceptuada con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el cual



plantea, que: “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” (Congreso de Colombia. Ley 1150, 2007). La regulación de este precepto normativo se ha consolidado en el país con los artículos 220 del Decreto 19 de 2012, 17 del Decreto 1510 de 2013 y artículo 2.2.1.1.1.6.3. del Decreto 1082 de 2015.

1.4.1. Definición de riesgo previsible Conpes 3714 de diciembre de 2011

Según se ha referenciado, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, marcó un precedente legislativo con respecto, a la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que pueden afectar el equilibrio económico del contrato, con la finalidad de menguar su posible ocurrencia durante las etapas de la contratación pública. De igual forma, el propósito con el desarrollo procedimental de este precepto, es la determinación de los riesgos previsibles, para introducirlos en la ecuación contractual y en las condiciones de los contratos estatales como riesgos preestablecidos y de este modo, en caso de sobrevenir algún riesgo previsible durante la ejecución del contrato, no afecte el equilibrio económico de este.

A partir de entonces, se ha replanteado esta norma en diversas fuentes formales promulgadas en el país, una de estas fuentes, es el Documento Conpes 3714 de 2011, con el cual se institucionalizó la definición de riesgo previsible, en el marco de la política de contratación pública, para lograr que la estimación, tipificación y asignación del mismo se efectúe de forma correcta a la luz del ordenamiento jurídico nacional.

A través del Documento Conpes 3714 de 2011, el legislador realizó un análisis exhaustivo de los riesgos previsibles a la luz de la norma consagrada con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, para determinar que aquellos derivan de los riesgos contractuales, definidos como: “todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que



pueden alterar el equilibrio financiero del mismo” (Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. Documento 3714, 2011, p. 13); las cuales han sido reguladas desde cinco ópticas, a saber: riesgos previsibles, riesgos imprevisibles, riesgos cubiertos con Régimen de Garantías, obligaciones contingentes y riesgos generados por malas prácticas. A partir de lo anterior, en este Documento Conpes, se definieron los riesgos previsibles, como: “todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales” (Conpes. Documento 3714, 2011, p. 14).

Con el propósito de realizar un riguroso proceso de tipificación de los riesgos previsibles, en el Documento Conpes se describen aquellos riesgos que no reúnen los presupuestos para ser considerados previsibles, los cuales, son:

- El incumplimiento total o parcial del contrato, lo que genera la exigibilidad de la garantía de cumplimiento y la respectiva indemnización de perjuicios,
- Los hechos derivados de la responsabilidad extracontractual, que se encuentren cubiertos mediante garantías especiales como la póliza de responsabilidad extracontractual.
- Los que corresponden a la teoría de la imprevisión, los cuales escapan de la definición de riesgo previsible, y de acuerdo a lo dispuesto en el reglamento son aquellas circunstancias que no pueden ser identificables o cuantificables.
- Las inhabilidades e incompatibilidades con posterioridad a la adjudicación del contrato, caso en el cual, deberá cederse el respectivo contrato, renunciar a su ejecución o ceder su participación a un tercero según corresponda (Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. Documento 3714, 2011).



Comprendido lo anterior, se explican a continuación los procedimientos propuestos por la entidad Conpes y que pueden emplear las Entidades Estatales para gestionar la tipificación, estimación y asignación de los riesgos. La primera actividad, está dirigida hacia la identificación y caracterización de los riesgos previsibles que puede ocurrir durante la ejecutoria del contrato y de este modo, agruparlos de acuerdo con ciertas características en común. Los principales grupos de riesgos previsibles, son: riesgos económicos, sociales o políticos, operacionales, financieros, regulatorios, de la naturaleza, ambientales y tecnológicos (Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. Documento 3714, 2011).

Por su parte, la estimación de los riesgos previsibles hace referencia a la técnica empleada para valorar la probabilidad de ocurrencia y nivel de impacto de los riesgos tipificados como previsibles y dar una aproximación de la magnitud de los mismos; tanto cualitativa como cuantitativa. La primera trabajada a través rangos para calificar estas variables con una escala de cuatro opciones de respuesta (alta, media alta, media baja y baja), y continuar con la elaboración de una matriz de riesgos. La estimación cuantitativa por su parte, se realiza mediante la aproximación numérica de los criterios evaluados con la primera técnica.

Prosiguiendo con el proceso de asignación, esta es definida como la distribución de los riesgos previsibles, según la capacidad de cada una de las partes contractuales, para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo. Las Entidades Estatales deben determinar la asignación de riesgos y publicar la misma en el proyecto de pliego de peticiones, la cual es discutida entre las partes, durante la audiencia de riesgo, para definir la distribución definitiva.

1.4.2. Identificación y cobertura del riesgo

En términos generales, el análisis de los riesgos en el proceso de contratación pública, responde a la necesidad de las Entidades Estatales de prever, con la debida oportunidad, la forma



de manejar las circunstancias que podrían afectar la celebración o ejecución de los contratos; es por ello, que otro de los procedimientos precontractuales que deben efectuar las mismas, de conformidad con el principio de planeación y en el marco del Estatuto de la Contratación Pública, es la identificación y cobertura del riesgo. Para llevarlo a cabo, las Entidades Estatales deben desarrollar un sistema de administración de riesgos, mediante el cual identifiquen y analicen:

(a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio (Colombia Compra Eficiente, 2017c, p. 4).

Ahora bien, la administración de los riesgos del proceso de contratación, se realiza mediante la ejecución de una secuencia de fases, una metodología propuesta por Colombia Compra Eficiente (2017c), basada en el estándar AS/NZS ISO 31000⁸ y que se explican en la tabla 2.

Tabla 1.

Fases de la administración de Riesgos

Identificación de cada fase	Objetivos de la fase	Aspectos a analizar y/o insumos elaborados
------------------------------------	-----------------------------	---

⁸ En noviembre de 2009, AS / NZS ISO 31000: 2009 reemplazó el anterior estándar de gestión de riesgos de Australia y Nueva Zelanda AS / NZS 4360: 2004. AS / NZS ISO 31000: 2009 (el Estándar) proporciona a las agencias Miembros del Fondo principios y pautas generales para ser considerado al desarrollar marcos y programas de gestión de riesgos. El estándar es apoyado por: 1) Esta hoja informativa destaca algunos de los cambios o mejoras importantes de AS / NZS ISO 31000: 2009. Estos incluyen: 1. Un cambio en la definición de riesgo; 2. La introducción de once principios para la gestión del riesgo; 3) Cinco atributos de un marco mejorado de gestión de riesgos; y 4) Un enfoque recomendado para desarrollar un marco de gestión de riesgos para toda la empresa (Australian Government, 2010).



1. Contexto en el cual se adelanta el Proceso de Contratación.	Identificar: (i) sus propios Riesgos; (ii) los Riesgos comunes a sus Procesos de Contratación; y (iii) los Riesgos del Proceso de Contratación en particular.	<ul style="list-style-type: none"> • El objeto del Proceso de Contratación. • Los partícipes del Proceso de Contratación. • Población beneficiada con el Proceso de Contratación. • La disponibilidad de recursos y conocimientos de la Entidad Estatal para el Proceso de Contratación. • La suficiencia del presupuesto oficial del Proceso de Contratación. • Las condiciones geográficas y de acceso del lugar en el cual se debe cumplir el objeto del Proceso de Contratación. • El entorno socio ambiental. • Las condiciones políticas. • Los factores ambientales. • El sector del objeto del Proceso de Contratación y su mercado. • La normativa aplicable al objeto del Proceso de Contratación. • Experiencia propia y de otras Entidades Estatales en Procesos de Contratación del mismo tipo.
2. Identificación y clasificación de los Riesgos del Proceso de Contratación	Identificar los riesgos utilizando diversas fuentes de información y clasificarlos	Clasificar los riesgos, según los siguientes criterios: <ul style="list-style-type: none"> • Clase de riesgo: general y específico. • Fuente: interno y externo. • Etapa del proceso de contratación en la cual se encuentran el riesgo: planeación, selección, contratación y ejecución. • Tipo de riesgo: se efectúa la tipificación según la clasificación propuesta en el Documento Conpes 3714 de 2011, a saber: riesgos económicos, sociales o políticos, operacionales, financieros, regulatorios, de la naturaleza, ambientales y tecnológicos. • Consecuencias de la ocurrencia de los riesgos. • Revisión de diversas fuentes de información, como estudios técnicos, opiniones y juicios de especialistas, registros anteriores de la ocurrencia del evento en Proceso de Contratación propios y de otras Entidades Estatales, entre otras. • Categorizar los riesgos: Asignar una categoría a cada Riesgo de acuerdo con la probabilidad de ocurrencia así: raro, improbable, posible,
3. Evaluación y calificación de los Riesgos	Evaluar los riesgos, según el nivel de impacto y probabilidad de ocurrencia; así mismo, calificar los riesgos en términos de impacto y probabilidad	

4. Asignar y tratar los Riesgos.	Establecer un orden de prioridades para la asignación y tratamiento de los riesgos.	probable y casi cierto y valorarlos de 1 a 5; Determinar el impacto del Riesgo, utilizando la Tabla 3, analizando los siguientes criterios: (i) la calificación cualitativa del efecto del Riesgo; sumar las valoraciones de probabilidad e impacto, para obtener la valoración total del Riesgo; y establecer una categoría a cada uno de los riesgos, a partir de las anteriores valoraciones.
5. Monitorear y revisar la gestión de los Riesgos	realizar un monitoreo constante a los Riesgos del Proceso de Contratación pues las circunstancias cambian rápidamente y los Riesgos no son estáticos	<ul style="list-style-type: none"> • La Entidad Estatal, toma decisiones acerca de: <ul style="list-style-type: none"> – Evitar el Riesgo. – Transferir el Riesgo haciendo responsable a otra entidad quien asume las consecuencias de la materialización del Riesgo. – Aceptar el Riesgo cuando no puede ser evitado ni ser transferido o el costo de evitarlo o transferirlo es muy alto. – Reducir la probabilidad de la ocurrencia del evento, cuando el Riesgo debe ser aceptado. – Reducir las consecuencias o el impacto del Riesgo. • Plan de tratamiento para definir cómo enfrentar a cada uno de los riesgos, incluyendo acciones, cronogramas, recursos (personal, información) y presupuesto, responsabilidades, necesidades de informes y reportes y de monitoreo. • El monitoreo de los riesgos, implica: <ul style="list-style-type: none"> – Asignar responsables – Fijar fechas de inicio y terminación de las actividades requeridas; – Señalar la forma de seguimiento (encuestas, muestreos aleatorios de calidad, u otros); – Definir la periodicidad de revisión; y – Documentar las actividades de monitoreo.

Fuente: adaptado de Colombia Compra Eficiente (2017c).

Con la información obtenida al finalizar estas actividades, la Entidad Estatal procede a elaborar la matriz de riesgos, esto siguiendo con la recomendación dada por la entidad Colombia Compra Eficiente y se continua con siguiente actividad referida con la etapa precontractual.



1.5. Elaboración de pliego de condiciones

Doctrinalmente, se define el concepto de pliego de condiciones, según González-López (2010), como el documento más importante en contratación estatal; ya que en el mismo, están contenidos los requisitos que deben cumplir los particulares para contratar con el Estado y las reglas que rigen no solo la etapa precontractual, sino también la contractual; aunque explica además, que en Colombia, se trata de un documento estudiado insuficientemente desde la doctrina y la jurisprudencia administrativa, ocasionando la utilización de criterios equívocos en su elaboración, dando como resultado pliegos de condiciones con exigencias irrisorias para los oferentes. No obstante, desde el ordenamiento normativo en el país, se han efectuado ciertos avances en la materia, los cuales han derivado en la institucionalización de los criterios para la elaboración del pliego de condiciones, con el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.1.2.1.3. De acuerdo con el citado artículo, el pliego de condiciones del proceso de contratación estatal en el territorio nacional debe contener mínimamente con la información que se detalla en las siguientes líneas.

- **La descripción del bien o servicio objeto del contrato**

Teniendo precisión acerca de sus necesidades, las Entidades Estatales deben describir de forma detallada, técnica y completa el bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo. Es importante resaltar que el principal insumo para realizar esta descripción, es el PAA.

- **La modalidad del proceso de selección.**



De nueva cuenta, las Entidades Estatales deben justificar en este documento, la modalidad del proceso de selección del contratista, elegida por aquellas (tabla 3).

Tabla 2.

Modalidades de selección del contratista.

Modalidad de selección	Descripción
Licitación Pública	La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública. Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa
Selección Abreviada	Corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.
Concurso de Méritos	Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación
Contratación Directa	La modalidad de selección de contratación directa, solamente procede para ciertos casos, tales como: Urgencia manifiesta, Contratación de empréstitos, Contratos interadministrativos, cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, arrendamiento o adquisición de inmuebles, entre otros.
Contratación mínima cuantía	Hace referencia a la contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto.

Fuente: adaptado del Congreso de Colombia, Ley 1150 de 2007.

- **Los criterios de selección del contratista**

En concordancia con la modalidad del proceso de selección escogido y justificado por las Entidades Estatales, se debe incluir en el pliego de condiciones los criterios de selección del contratista, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar. Los primeros, están consagrados con el artículo 2.2.1.1.2.2.9.⁹ del Decreto 1082 de 2015, los cuales

⁹ **Factores de desempate.** En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.



deben ser contenidos en el pliego de condiciones, junto con el método aleatorio de selección propuesto por las Entidades Estatales, para ser aplicado cuando se surtan los factores de desempate legales y persista el empate entre los oferentes.

Con respecto a los incentivos en la contratación pública, estos son calificados propuestos por las Entidades Estatales para la entrega de los mismos, aunque teniendo en cuenta que esto no es aplicable con los procesos para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes¹⁰.

- **Las condiciones de costo y/o calidad**

De acuerdo con la modalidad de selección del contratista y realizar un proceso de selección objetiva, las Entidades Estatales deben definir las condiciones de costo y/o calidad; con la finalidad

Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros; 2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional, 3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, 4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta y 5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082, 2015).

¹⁰ Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082, 2015), el cual reza, así: La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos (Congreso de Colombia. Ley 1150, 2007).



de evitar sobrecostos en los contratos o defectos en los bienes, obras o servicios objeto del proceso de contratación.

- **Presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.**

Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato. La evaluación de las ofertas no se considera un acto administrativo, no obstante, si debe ser ejecutada por un comité asesor o consultor. Con relación a la adjudicación del contrato, es preciso tener en cuenta, que esto lo lleva a cabo la Entidad Estatal implicada, con el oferente que obtiene mayor puntaje dentro del proceso de selección, aunque también puede adjudicarse sin observancia de lo anterior, pero haciendo la respectiva argumentación del porque la alternativa seleccionada es la más conveniente y favorable para la entidad.

- **Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.**

Según se observa, el pliego de condiciones también de contener los factores causales para descalificar o rechazar una la oferta, como en el caso de las propuestas con precios artificiales bajos. Se identifican factores causales promulgados con la Ley colombiana y los de carácter específicos, como el rechazo por la experiencia, por solicitud de información, etc. Otros contenidos a tener en cuenta con la elaboración de los pliegos de condiciones, son:

- 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 hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.
- 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.



- La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.
- 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 Entidad Estatal puede expedir Adendas.
- El Cronograma.

A modo de síntesis, se reconocen los significativos esfuerzos del legislador para reglamentar de la debida forma, los preceptos del Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993), para fortalecer el cumplimiento de los fines del Estado y de los principios de economía, transparencia y responsabilidad explícitos en dicha ley y que fundamentan los procesos actuales de contratación, junto con otros, que si bien no se especifican en esta ley, por cuanto han sido desarrolladas jurisprudencialmente; como ha sucedido con el principio de planeación, el cual tiene su aplicabilidad a lo largo del proceso de contratación, incluyendo la etapa de planeación, misma que se inicia con la denominada etapa precontractual y que se surte a través de una serie de análisis y estudios. Según se referenció en acápites anteriores, se dispone en Colombia de un importante marco regulatorio relativo, con los diversos requisitos que impone la Ley y deben ser cumplidos por las Entidades Estatales, para alcanzar la eficiencia del proceso durante toda la etapa preparatoria. Incluso, se destaca la labor Colombia Compra Eficiente, entidad rectora frente a estos procesos y que facilitan la ejecutoria de esta fase. No obstante, se evidencia que el desarrollo del proceso completo de contratación, continúa siendo una tarea ardua, compleja y con un alto nivel de tecnicismo con respecto a determinados requerimientos, lo que dificulta su respectiva y efectiva culminación.



2. Régimen Jurídico de las Empresas Sociales del Estado

En términos generales, los procesos de contratación pública están regidos, por los referentes doctrinales del Derecho Público y por las disposiciones jurídicas consagradas en el Estatuto General de Contratación Pública, Ley 80 de 1993. No obstante, por su naturaleza jurídica y objeto social, existen algunas entidades públicas en Colombia que pueden aplicar un régimen de contratación especial basado en el Derecho Privado, como en el caso de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.); con el propósito de que estas puedan proveer servicios de salud eficientes y oportunos, evitando las formalidades de las normas jurídicas cuando se requiera la celeridad en este proceso para salvaguardar el interés general. En este orden de ideas, a continuación, se explica el marco legal, la naturaleza jurídica y el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.).

2.1. Marco Legal – Naturaleza Jurídica

En primera instancia, es preciso señalar que la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), están consagradas con la Ley 100 de 1993, en su capítulo III y mediante el Decreto 1876 de 1994; preceptos con los cuales se estipula que estas empresas, “constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos” (Congreso de Colombia. Ley 100, 1993, art. 194; Presidente de la República de Colombia. Decreto 1876, 1994, art. 1); es decir que son organizaciones que poseen las características requeridas para el ejercicio de sus actividades en salud y en materia administrativa. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que estas organizaciones, son definidas como “una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro



tipo de entidades públicas” (Corte Constitucional. Sentencia C-559/04, 2004, p. 4).

De conformidad con lo anterior, a través del Decreto 1876 de 1994, el legislador ha consagrado que los principios básicos que las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), deben cumplir para orientar su objeto de actuación, son: la eficacia¹¹ y la calidad¹²; ya que el propósito fundamental de estas entidades públicas “es la prestación de los servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud” (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1876, 1994, art. 2). Adicionalmente, en el Decreto 1876 de 1994, se especificaron otros objetivos de obligatorio cumplimiento por parte de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), con la finalidad de prestar servicios de salud que satisfagan las necesidades de los usuarios y lograr una gestión administrativa y financiera acorde con sus requerimientos. Estos objetivos, son:

- a. Producir servicios de salud eficientes y efectivos que cumplan con las normas de calidad establecidas, de acuerdo con la reglamentación que se expida para tal propósito;
- b. Prestar los servicios de salud que la población requiera y que la Empresa Social, de acuerdo con su desarrollo y recursos disponibles pueda ofrecer
- c. Garantizar mediante un manejo gerencial adecuado, la rentabilidad social y financiera de la Empresa Social;
- d. Ofrecer a las Entidades Promotoras de Salud y demás personas naturales o jurídicas que los demanden, servicios y paquetes de servicios a tarifas competitivas en el mercado;

¹¹ La eficacia, definida como la mejor utilización de los recursos, técnicos, materiales, humanos y financieros con el fin de mejorar las condiciones de salud de la población atendida (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1876, 1994, art. 3, num. 1).

¹² La calidad, relacionada con la atención efectiva, oportuna, personalizada, humanizada, continua, de acuerdo con estándares aceptados sobre procedimientos científico-técnicos y administrativos y mediante la utilización de la tecnología apropiada, de acuerdo con los requerimientos de los servicios de salud que ofrecen y de las normas vigentes sobre la materia (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1876, 1994, art. 3, num. 2).



- e. Satisfacer los requerimientos del entorno, adecuando continuamente sus servicios y funcionamiento;
- f. Garantizar los mecanismos de la participación ciudadana y comunitaria establecidos por la ley y los reglamentos (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1876, 1994, art. 4).

Sumado a esto, la Constitución Política de 1991, en sus artículos 48 y 49, preceptúa que, en Colombia, la Seguridad Social es un derecho irrenunciable, de carácter público obligatorio que se prestará en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; mediante la descentralización de los servicios de salud y una atención básica de carácter gratuito y obligatorio para todos los habitantes del territorio nacional (Congreso de Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991). Cabe mencionar que la salud, fue elevada al carácter de derecho fundamental, a partir de los preceptos de la Ley Estatutaria 1751 de 2015; con lo cual se estableció que es un derecho autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo¹³.

Aunado con lo planteado en breve, es pertinente señalar que el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), está reglado con fundamento en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se dicta una serie de normas jurídicas que deben cumplir estas entidades para el desarrollo de sus actividades; entre las cuales se encuentran: se debe mencionar en el nombre de la entidad, la expresión “Empresa Social del Estado”, su objeto social en sentido amplio es la prestación de servicios de salud, su régimen presupuestal está basado en el sistema de

¹³ De acuerdo con la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el derecho fundamental a la salud, comprende: el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado (Congreso de Colombia. Ley 1751, 2015, art. 2).



reembolso contra prestación de servicios, por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales y en materia tributaria¹⁴, están sometidas al régimen previsto para los establecimientos públicos (Congreso de Colombia. Ley 100, 1993).

Por otra parte, con el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, se reglamenta la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), creadas por la Nación o por las entidades territoriales, para la prestación en forma directa de servicios de salud; se rigen por lo previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en los aspectos no regulados por dichas leyes, se rigen por la misma Ley 489 de 1998 (Congreso de Colombia. Ley 489, 1998).

Retomando los mandatos del Decreto 1876 de 1994, en el Capítulo II, se reglamentó la estructura funcional de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), la cual debe estar constituida mínimamente por tres áreas, a saber: Dirección, Atención al Usuario y Logística. En este orden de ideas, la Dirección está conformada por la Junta Directiva y el Gerente quienes tienen principalmente a su cargo, interrelacionar los objetivos e intereses de la E.S.E. con la misión y los objetivos institucionales (figura 2).

¹⁴ De acuerdo con el artículo 23 del Estatuto Tributario colombiano, modificado con el artículo 145 de la Ley 1819 de 2016, las Empresas Sociales del Estado, son consideradas establecimientos oficiales descentralizados, por lo cual son entidades no contribuyentes del impuesto sobre la renta, aunque si están obligadas a presentar declaración de ingresos y patrimonio. Además, son entidades que deben garantizar la transparencia en la gestión de sus recursos y en el desarrollo de su actividad e incluso, la DIAN podrá ejercer fiscalización sobre estas y solicitar la información que considere pertinente para esos efectos (Presidente de la Republica de Colombia. Decreto 624, 1989).

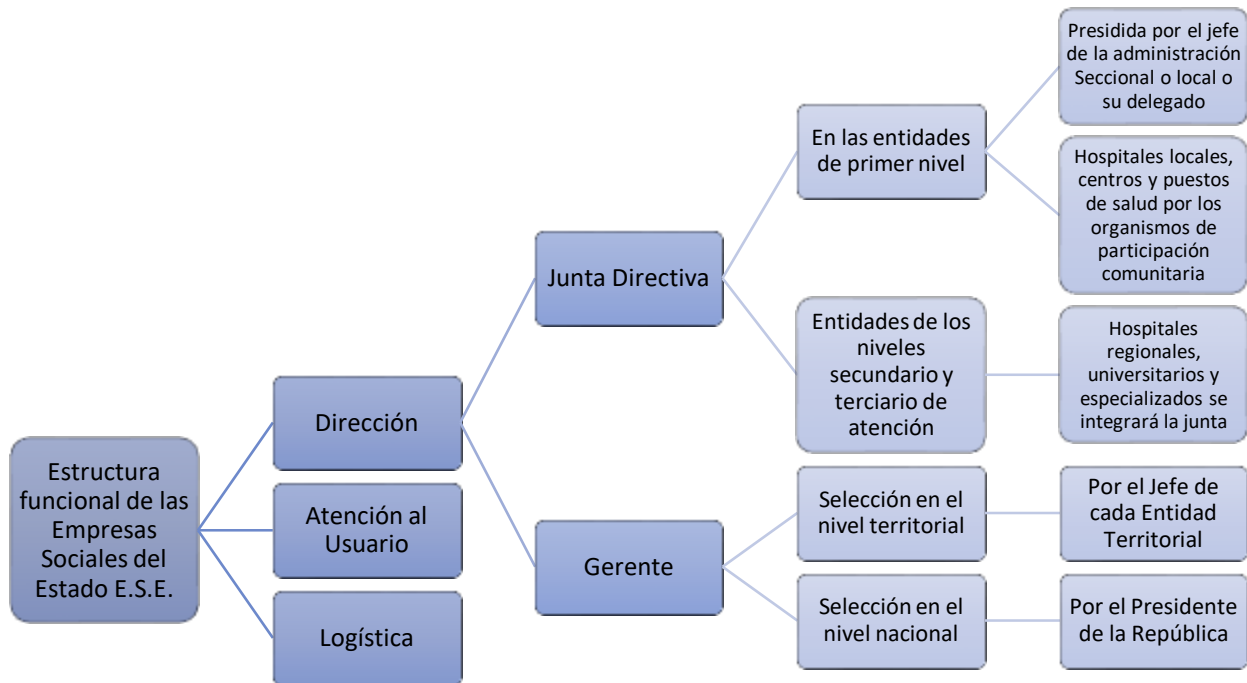


Figura 2. Estructura funcional Empresas Sociales del Estado Colombia.

Fuente: adaptado de Congreso de Colombia. Ley 10 (1990); Presidente de la República de Colombia. Decreto 1876 (1994); Congreso de Colombia. Ley 1797 (2016).

Continuando con la figura 2, es posible señalar que la atención al usuario, es aquella definida como: “el conjunto de unidades orgánico- funcionales cuyo propósito es desarrollar el proceso de producción y prestación de Servicios de Salud, incluyendo la atención administrativa a los usuarios” (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1876, 1994, art. 5, literal b). Por su parte, el área de Logística, tiene como función principal, la coordinación con las demás áreas de la organización, con la finalidad de ejecutar “procesos de planeación, adquisición, manejo, utilización, optimización y control de los recursos humanos, financieros, físicos y de información necesarios para alcanzar y desarrollar los objetivos de la organización y, realizar el mantenimiento de la planta física y su dotación” (Presidente de la República de Colombia. Decreto 1876, 1994,



art. 5, literal c).

2.2. Régimen Contractual de la Empresas Sociales del Estado

El régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), está reglamentado en primera instancia por los mandatos del artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993, con el cual se promulga que este tipo de entidades estatales, se rigen en esencia “por el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993” (Congreso de Colombia. Ley 100, 1993). En este sentido, las cláusulas exorbitantes, llamadas también especiales o prerrogativas, están fundamentadas en el interés general y colectivo que debe orientar todas las acciones ejecutadas por el Estado, incluyendo aquellas implicadas con los procesos de contratación estatal; y permiten otorgarle ventajas a la administración para cumplir con sus fines esenciales, imponiendo unilateralmente su voluntad en la relación contractual, durante la vigencia del contrato (Pinto Londoño & Tijaro Ortiz, 2015).

De acuerdo con el Consejo de Estado, referenciando la Ley 80 de 1993, existen dos tipos de cláusulas exorbitantes, a saber: *ex lege* (*según la ley, por disposición de la misma*), es decir, que son integradas a los contratos, aunque no se pacten entre las partes, porque son incorporadas directamente por la norma en los negocios que tenga por objeto una actividad que constituya monopolio estatal, como la prestación de servicios públicos. Y el otro tipo, es *ex contractu* (*Derecho o causa de acción que surge de un contrato*), las cuales hacen referencia a aquellas cláusulas que son pactadas por voluntad expresa entre una determinada entidad estatal y el contratista, aunque esta posibilidad sólo se hace efectiva con los contratos de suministro y prestación de servicios profesionales (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 24697, C.P. Enrique Gil Botero, 2013).



Si bien las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), en su carácter de entidades públicas, se deberían regir por la Ley 80 de 1993, con la anterior disposición legal, queda establecido que, dicho régimen se fundamenta en las normas del derecho privado, es decir, en el derecho civil y comercial, debido a su naturaleza jurídica y las funciones que tiene a su cargo. De acuerdo con lo anterior y según la doctrina, el proceso de contratación basado en el derecho privado que efectúan las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), está constituido por tres fases, cada una con sus respectivas acciones, las cuales, son: fase precontractual, contractual y fase de extinción de las obligaciones. A través de la información plasmada en la figura 3, se evidencia que, durante la fase precontractual, se llevan a cabo las negociaciones preliminares entre las partes, con el propósito de definir los términos jurídicos y económicos del futuro negocio que se celebrará entre las partes, lo que facilitaría un eventual proceso de responsabilidad contractual. Sumado a esto también se ejecuta durante esta fase, la presentación y aceptación de la oferta; la primera está relacionada con la propuesta que efectúa una de las partes y que contiene las condiciones del contrato a celebrar, y la segunda, hace referencia a que la otra parte, manifiesta su voluntad y asentimiento de llevar a cabo el negocio jurídico propuesto, dando inicio con ambas acciones a la etapa contractual en el proceso de contratación privada (Quiroz Varela, Ospina Gómez, & Mosquera Castrillón, 2018).



Etapa precontractual	Etapa contractual	Etapa de extinción de las obligaciones
<ul style="list-style-type: none"> • Negociaciones preliminares • Presentación de oferta • Aceptación de oferta 	<ul style="list-style-type: none"> • Suscripción del contrato • Aprobación de garantías • Modificaciones • Ampliaciones • Adiciones • Suspensiones 	<ul style="list-style-type: none"> • Culminación del plazo • Resciliación • Novación • Remisión • Prescripción extintiva

Figura 3. Etapas de la contratación de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), según la doctrina del derecho privado.

Fuente: adaptado de Quiroz Varela, Ospina Gómez y Mosquera Castrillón (2018).

Retomando los datos de la figura 3, se observa que el proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), continúa con la etapa contractual, la cual, en términos generales, hace referencia a la celebración legítima y jurídica del contrato que consolide la voluntad de las partes. En este sentido, el Código Civil colombiano determina en su artículo 1502, los requisitos que deben cumplir quienes pretendan obligarse a otra, por un acto o declaración de voluntad, los cuales, son: “1o.) Que sea legalmente capaz, 2o.) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, 3o.) Que recaiga sobre un objeto lícito, 4o.) Que tenga una causa lícita” (Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84, 1873).

Cabe mencionar que la inobservancia de estos requisitos, da lugar a la declaratoria de inexistencia, nulidad absoluta o nulidad relativa del contrato y en contraste, la validación de los mismos, permite proseguir con el perfeccionamiento del contrato, lo cual depende del tipo de



negocio jurídico que las partes pretenden celebrar; entre los cuales es posible mencionar, los siguientes: de compraventa, de permuta, de arrendamiento, de mandato, de comodato y depósito, el contrato de mutuo, de suministro y el de transporte (Quiroz Varela, Ospina Gómez, & Mosquera Castrillón, 2018).

Aunado a esto, durante la fase contractual, toma relevancia la responsabilidad que recae sobre las partes que perfeccionan el contrato, ya que de acuerdo con lo planteado por la honorable Corte Constitucional (2010, 2017) mediante las Sentencias C-1008/10 y C-344/17, si una de las partes causa un perjuicio por la inejecución, ejecución imperfecta o tardía de las obligaciones asumidas y pactadas previamente en el contrato suscrito, se le puede imputar la respectiva responsabilidad civil contractual, generando con ello, la reparación integral del afectado sobre los perjuicios causados, tanto materiales (daño emergente y/o lucro cesante) como inmateriales (daño moral, a la salud, entre otros).

Continuando con la figura 3, se evidencia que la etapa tres, hace referencia a la terminación o extinción de las obligaciones pactadas con la suscripción del contrato, cuando las mismas han sido cumplidas por las partes; aunque también se puede presentar la extinción de dichas obligaciones sin el cumplimiento de la obligación celebrada entre las partes, lo que da lugar a la aplicación de alguna de las figuras jurídicas disponibles para ello (Quiroz Varela, Ospina Gómez, & Mosquera Castrillón, 2018). En este sentido, el Código Civil colombiano, contempla diez modos de extinción de las obligaciones, las cuales se explican en la tabla 3.

Tabla 3.

Descripción de los modos de extinción de obligaciones

Modo de extinción	Descripción
Por la solución o pago efectivo	Es el pago efectuado por el deudor con respecto a la prestación que se debe.



Por la novación	Es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.
Por la transacción	Consiste en un contrato mediante el cual las partes resuelven directamente y por mutuo acuerdo una situación jurídica dudosa.
Por la remisión	Se presenta cuando el acreedor renuncia, no exige el cumplimiento de la obligación y también cuando se pierde de la cosa que se debe.
Por la compensación	Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores
Por la confusión	Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago.
Por la pérdida de la cosa que se debe	En términos generales, cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación, aunque también existen ciertas excepciones
Por la declaración de nulidad o por la rescisión	Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.
Por el evento de la condición resolutoria	Se da la condición estipulada
Por la prescripción.	Por vicios en el contrato o incumpliendo

Fuente: adaptado del Código Civil colombiano (Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84, 1873).

Se evidencia con la información de la tabla 3, que las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), desde el derecho privado, disponen de múltiples opciones para la extinción de las obligaciones contraídas en el marco de los procesos de contratación que efectúa, mediante los cuales el acreedor decide por acción u omisión extinguir las obligaciones celebradas. No obstante,



la pretensión general que tienen estas entidades públicas, es lograr el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes, situación que deriva en la evaluación de dicho acatamiento, para verificar si el mismo se ejecutó acorde con las disposiciones contractuales y legales contraídas, lo que da lugar a la declaración de paz y salvo entre las partes; ya que, en caso de lesiones en el patrimonio de alguna de las partes, se procede con un acuerdo para mitigar o resarcir los daños o perjuicios ocasionados con esta situación (Quiroz Varela, Ospina Gómez, & Mosquera Castrillón, 2018).

A tenor de lo expuesto en líneas previas, es pertinente agregar con respecto al proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), que el Ministerio de Salud y Protección Social (2013) consagró los lineamientos para que estas entidades, de acuerdo con la Resolución 5185 del 14 de diciembre de 2013; adopten sus propios Estatutos de Contratación, incluyendo en este proceso, la etapa de planeación con los respectivos criterios que deben contener los estudios previos y las consecuentes etapas de dicho proceso de contratación. Se trata de una función delegada a las Juntas Directivas, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1438 (Congreso de Colombia, 2011).

Planeación	<ul style="list-style-type: none">• Estudios y documentos previos• Términos de condiciones
Selección	<ul style="list-style-type: none">• Modalidad de selección del contratista más acorde con sus requerimientos
Contratación	<ul style="list-style-type: none">• Se da entre la suscripción del contrato y su respectiva publicación en el SECOP
Ejecución	<ul style="list-style-type: none">• Comprende desde la legalización del contrato hasta su liquidación
Liquidación y obligaciones posteriores	<ul style="list-style-type: none">• Condiciones relacionadas con la liquidación de los contratos



Figura 4. Fases de la contratación de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), según las disposiciones de la Resolución 5185 de 2013.

Fuente: adaptado del Ministerio de Salud y Protección Social (Resolución 5185, 2013).

Desde esta perspectiva y de acuerdo con la información de la figura 4, el Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Resolución 5185 de 2013, determinó que durante el proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), se deben integrar tanto disposiciones jurídicas del derecho público como del privado, iniciando con la fase de planeación, la cual comprende, en primera instancia los estudios y documentos previos, aquellos que contienen en términos generales, las especificaciones acerca de las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato, el objeto a contratar, autorizaciones, permisos, el valor estimado del contrato, el análisis de riesgos, las garantías y en sí, todos los estudios y documentos previos explicados en el capítulo anterior y que a su vez tienen aplicación en las Entidades regidas por el Estatuto General de contratación, según lo consagrado con la Ley 80 de 1993. Cabe mencionar que, a estos estudios y documentos previos también, se deben anexar aquellos especiales para cada modalidad de selección. En segunda instancia, la fase de planeación, también abarca los términos de condiciones, es decir, que las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), determinan los requisitos que deben cumplir los oferentes interesados en participar del proceso, de acuerdo con la modalidad de selección a utilizar para elegir el contratista, los criterios de selección, reglas relacionadas con la oferta, entre otros.

Al retomar la información de la figura 4, es posible indicar que la segunda fase del proceso de contratación propuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social, con la Resolución 5185 de 2013, hace alusión a la aplicación de la modalidad de selección del contratista, planteada en la fase anterior, según lo cual la Empresa Social del Estado debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista es preciso clarificar que, en el caso de las convocatorias públicas, las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.),



podrán conformar un comité de apoyo a la actividad contractual. Adicionalmente, en la fase tres, hace referencia a la etapa contractual propiamente dicha, es decir que abarcan las acciones implicadas que van desde la suscripción del contrato hasta su publicación, teniendo en cuenta el registro presupuestal y la aprobación de las garantías a que hubiera lugar, 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.

Por su parte, la fase cuatro, está directamente relacionada con el desarrollo, legalización y hasta la liquidación del contrato, por lo tanto, el Estatuto de Contratación que elaboren las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), en virtud de la Resolución 5185 de 2013, debe contener las respectivas reglas para las siguientes acciones: las consideraciones para designar el responsable de la supervisión e interventoría del contrato y del seguimiento a su respectiva ejecución, las alertas para identificar de antemano el vencimiento del contrato, 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 la suscripción de actas de inicio del contrato, las prórrogas, adiciones y la suspensión del contrato si las hay, así mismo, debe cumplir todas aquellas disposiciones establecidas por la dirección del contrato para garantizar su ejecución y evitar su incumplimiento. Finalmente, en la fase cinco, se efectúa la respectiva liquidación del contrato, que como se explicó en líneas previas, esta se puede dar por el cumplimiento mutuo de las obligaciones pactadas o en caso contrario, mediante alguno de los modos de extinción reglado con el Código Civil colombiano. Cabe mencionar que, durante todo el proceso de contratación, las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), publicar de forma oportuna toda su actividad contractual en el SECOP y garantizar la participación de la ciudadanía, grupos de interés y demás actores sociales, en la vigilancia y seguimiento de la actividad contractual, estableciendo los mecanismos y canales de comunicación adecuados para ello.



Para complementar lo anterior, es pertinente exponer que el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), también se encuentra reglamentado mediante el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que las entidades estatales que por disposición legal, cuentan con un régimen contractual distinto al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como es el caso de las entidades en mención; aplicarán en desarrollo de su actividad contractual y acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y la gestión fiscal de que tratan los artículos 209¹⁵ y 267¹⁶ de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal (Congreso de la República. Ley 1150, 2007).

Tabla 4.

Principios de la contratación pública en Colombia.

Principio	Descripción del Principio
Debido proceso	Las actuaciones de la E.S.E. deben adelantarse de acuerdo a las normas de procedimiento y competencia constitucionales y legales, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.
Igualdad	La Empresa Social del Estado dará el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en el proceso de contratación, garantizando la selección objetiva del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

¹⁵ La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (Congreso de Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991, art. 209).

¹⁶ (...) La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley (...) (Congreso de Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991, art. 267).



Imparcialidad	La finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.
Buena fe	Se presumirá el comportamiento leal y fiel de oferentes, contratantes y contratistas en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.
Moralidad	Todas las personas están obligadas a actuar con rectitud, lealtad y honestidad.
Participación	La E.S.E. promoverá y atenderá las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública en el proceso de contratación.
Responsabilidad	La E.S.E. asumirá las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones en el proceso de contratación, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.
Transparencia	El proceso de contratación es de dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.
Publicidad	Las actuaciones del proceso de contratación se darán a conocer al público y a los interesados, sin que medie petición alguna.
Coordinación	Las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales cuando su gestión contractual lo requiera, en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.
Eficacia	La Empresa Social del Estado buscará que el proceso de contratación logre su finalidad y, para el efecto, removerá los obstáculos puramente formales, se evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y se sanearán de acuerdo con las normas las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material.
Economía	La Empresa Social del Estado deberá proceder con austeridad y eficiencia en el proceso de contratación y optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en las actuaciones y la protección de los derechos de las personas.
Celeridad	La Empresa Social del Estado impulsará oficiosamente los procedimientos contractuales e incentivará el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.
Planeación	La Empresa Social del Estado debe hacer durante la etapa de planeación el análisis de la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de riesgo del objeto a



contratar. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.

Fuente: adaptado del Congreso de Colombia. Ley 1437 (2011).

Según se ha referenciado en breve, en Colombia se exige la observancia de los principios que orientan la función administrativa para los regímenes especiales, en materia de contratación pública, por lo tanto, en este sentido, los artículos 3 y 5 del Decreto-Ley No. 019 de 2012, consagran que todas las personas y los servidores públicos tienen la obligación de ejercer sus actuaciones administrativas basadas en el principio de moralidad y economía, es decir, con ética, rectitud, lealtad, honestidad, con transparencia en interés común, en el menor tiempo posible y minimizando los gastos de los intervinientes en los procedimientos que se adelanten (Presidente de la República de Colombia. Decreto 019, 2012). Adicionalmente, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), define en su artículo 3o, el alcance de los principios que rigen las actuaciones administrativas, incluyendo aquellas efectuadas por las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), los cuales, son: “del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad” (Congreso de Colombia. Ley 1437, 2011, art. 3) (tabla 4).

Desde esta perspectiva y de acuerdo con la información de la tabla 4, es preciso señalar que las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) deben observar y dar aplicación a los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 constitucional, en la Ley 489 de 1998, aquellos consagrados con el Sistema General de Seguridad Social en Salud incluidos en el artículo 3o de la Ley 1438 de 2011, así como, los principios de las actuaciones y procedimientos administrativos contenidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Con relación el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal que también deben aplicar las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), según el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007; se hace necesario explicar que este régimen se encuentra principalmente estatuido, a través del artículo 8 del Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y este complementa con las disposiciones definidas al respecto, en la Ley 734 de 2002, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011. En este sentido, es pertinente comprender que las inhabilidades es la ausencia de capacidad para celebrar contratos con cualquiera de las entidades públicas del país (Gobernación de Antioquia, 2018).

De conformidad con la Ley 80 de 1993, las inhabilidades para contratar, aplica para los servidores públicos, para aquellas personas que, por la Constitución y las Leyes, se hallen invalidadas para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales y para quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado, estas dos causales se extenderán por cinco años. Estas inhabilidades también se presentan para quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad, para los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como, las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria y quienes hayan sido imputados con una sanción disciplinaria, teniendo en cuenta que estas tres últimas, se extiende por un término de cinco años y solo se puede extinguir por vencimiento del término, según el acto administrativo o la sentencia judicial que dio lugar a la misma. Así mismo, esto aplica:

[Para] quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante



legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso (Congreso de Colombia. Ley 80, 1993, art. 8, literales, g, h).

Sumado a esto, otra inhabilidad para contratar con entidades estatales, se presenta en el caso de las personas naturales y de las sociedades diferentes a las sociedades anónimas abiertas donde estas son socias, cuando hayan sido declaradas responsables por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato y soborno transnacional (Congreso de Colombia. Ley 80, 1993).

Por otra parte, las incompatibilidades son imposibilidades legales para ejercer funciones públicas y actividades contractuales en mismo momento, así como la coexistencia de situaciones familiares o de negocio con la entidad, que puedan incidir en la objetividad en el manejo de las relaciones contractuales. Dichas imposibilidades se extinguen cuando desaparece la situación de incompatibilidad prevista en la Ley (Gobernación de Antioquia, 2018).

Específicamente, el Estatuto de Contratación Pública, Ley 80 de 1993, estipula las siguientes incompatibilidades: quienes laboraron como servidores públicos o miembros de la junta o consejo directivo, ejerciendo funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, no pueden contratar con la entidad donde se desempeñaron durante el siguiente año, así como las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante (Congreso de Colombia. Ley 80, 1993).



De igual forma, el cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal. Adicionalmente, las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo y los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada (Congreso de Colombia. Ley 80, 1993).

Grosso modo, se ha evidenciado durante el desarrollo, del presente capítulo, que los procesos de contratación estatal en Colombia, están normalizados por los preceptos del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, aplicable inicialmente a todas las entidades públicas del territorio nacional. No obstante, el Estado colombiano, en procura de salvaguardar el interés general y colectivo, así como de lograr el cumplimiento cabal de sus fines esenciales; ha dispuesto ciertas especiales y regímenes excepcionales para determinadas del país; como es el caso de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), las cuales están enfocadas en la prestación de servicios de salud, por lo tanto, requieren de procesos de contratación desde el derecho privado que les permita tomar decisiones acerca de las necesidades de los usuarios, de una forma ágil, fácil, oportuna, eficiente y de calidad, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de la sociedad colombiana, principalmente, el derecho a la salud.

Desde esta perspectiva, es posible establecer que el marco, la naturaleza y el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) en materia de contratación pública, es un



complemento entre el derecho privado y el derecho público, ya que, si bien el legislador estipuló específicamente, la aplicación del derecho privado; también se ha estatuido que dicho proceso debe cumplir con determinadas disposiciones proclamadas con la Ley 80 de 1993, como las cláusulas exorbitantes y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, etc. Incluso, el Ministerio de Salud y Protección Social desconociendo las facultades del legislador, dictaminó la responsabilidad en las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) de fijar los lineamientos para que estas adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual, el cual integra un proceso de contratación basado en cinco fases, a diferencia del proceso desde el derecho privado, que solo implica tres etapas, lo que facilitaría la gestión de estas empresas y la atención en salud de calidad y acorde con las necesidades de los usuarios.



3. Definición del Principio de Planeación en Materia de Contratación

El propósito con el presente capítulo, es explicar el principio de planeación contractual en Colombia, desde la perspectiva jurisprudencial del Consejo de Estado, con respecto a su aplicación en la contratación de entidades con régimen especial de contratación y de conformidad con los preceptos definidos a través de la Resolución 5185 de 2013, en materia de planeación para las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.); realizando en un primer momento, un acercamiento conceptual sobre la planeación contractual.

En este sentido, desde su acepción en infinitivo, es decir, de conformidad con la expresión planear, esta se relaciona con “decidir anticipadamente qué hacer, cuándo y cómo hacerlo, lo cual ayuda a prever un rumbo y orientar el futuro deseado” (Caldera, Ortega, & Sánchez, 2017, p. 340). Por su parte, la planeación desde el contexto administrativo en general, se concibe como el proceso de visualización sobre el futuro, lo que consiste en “organizar todas la etapas y estrategias en donde se busca desarrollar unos lineamientos llamados objetivos, establecer recursos y definir las estrategias que se requieren para lograr el propósito de la organización con una mayor probabilidad de éxito (Moreno Cristancho, 2017, p. 58).

Sumado a esto, Luna González (2015), define la planeación, como “la fijación de los objetivos, estrategias, políticas, programas, procedimientos y presupuestos; partiendo de una previsión, para que el organismo social cuente con las bases que se requieren y encause correctamente las otras fases del proceso administrativo” (p. 58). En pocas palabras, la planeación responde a cuatro preguntas básicas en el proceso administrativo, que son: qué quiere ser la organización, dónde se va establecer, cuándo va iniciar operaciones y cómo lo va a lograr.

De acuerdo con las conceptualizaciones dadas en líneas previas, es posible señalar que,



desde el ámbito administrativo, la planeación se considera, como el proceso mediante el cual, una organización o entidad social en particular, determina de forma anticipada los objetivos que pretende alcanzar con su gestión, así como el proceso de toma de decisiones requerido para establecer las acciones, estrategias y recursos para llevarlo a buen término, en concordancia con las demás etapas del proceso administrativo, siendo estas, según Luna González (2015), las siguientes: planear, organizar, dirigir y controlar.

Para complementar lo anterior, es pertinente mencionar que la planeación desde el contexto jurídico en Colombia, se introduce principalmente, a través de los preceptos de la Ley 80 de 1993 y se sustenta en la administración y la ingeniería industrial (Meyers y Mathewp, 2006 citados por Aponte Díaz, 2014).

Teniendo en cuenta estas dos disciplinas, se visualiza que la planeación se integra a la administración por objetivos y del control y guarda también relación con los contratos estatales de obra, ya que hace referencia al tiempo de ejecución de la obra, según los acuerdos pactados y el presupuesto fijado para esta (Aponte Díaz, 2014). Desde esta perspectiva, Restrepo Medina (2017), expresa grosso modo, que la planeación contractual es el proceso ejecutado por las entidades para tener certeza acerca de los siguientes factores contractuales referidos a un determinado proyecto u obra pública:

- (i) la necesidad que da origen al contrato, (ii) los recursos suficientes para solventar las obligaciones a cargo del contratista, (iii) los estudios previos que dan soporte al alcance técnico, económico, jurídico del contrato, (iv) los riesgos que implica para las partes la ejecución del contrato, (v) los bienes, permisos y licencias que demande la iniciación o ejecución del contrato y (vi) el cronograma de actividades que implementará las actividades de seguimiento y control sobre el contratista (p. 149).



Se evidencia con el precitado texto, que la planeación contractual va más allá de la definición de objetivos y estrategias, ya que es una etapa de vital relevancia para prevenir un uso inadecuado de los recursos, alcanzar los propósitos determinados por la entidad en el tiempo fijado para ello, disponer de los requisitos formales y legales para ejecutar el contrato y tener un cronograma para supervisar el cumplimiento de las actividades planeadas, o en su defecto, realizar las acciones correctivas pertinentes. En pocas palabras, la planeación contractual dada su naturaleza, es una etapa que se debe ejecutar durante todo el desarrollo del contrato y que, además, debe guardar estrecha relación con las fases restantes del proceso de contratación. A partir de lo anterior en las siguientes líneas, se explica la posición del Consejo de Estado con respecto a la aplicación del principio de planeación contractual en Colombia.

3.1. Evolución de la posición del Consejo de Estado frente a la aplicación del principio de planeación en la contratación estatal en Colombia

Con la promulgación de la Ley 80 de 1993, el Estado buscó evolucionar en su momento, la normativa existente sobre la contratación pública en el país, para lograr de este modo, la optimización de los procesos de adjudicación y participación en los contratos estatales, así como la satisfacción del interés público; por lo tanto, el legislador consagró a través de esta Ley, una serie de principios jurídicos que permitieran el desarrollo óptimo y diáfano de la contratación estatal, como los principios de igualdad, imparcialidad, economía, transparencia, legalidad, responsabilidad y selección objetiva, entre otros.

No obstante, el principio de planeación contractual, es un principio que no se menciona taxativamente en la legislación del país, de ahí su carácter innominado y que su desarrollo en el territorio nacional, se haya alcanzado a partir de la hermenéutica jurídica, es decir mediante la



correcta interpretación de las leyes, efectuada por las Altas Cortes de la nación; lo que ha suscitado la incorporación de este principio de la contratación pública, como principio fundamental de todos los procesos contractuales ejecutados en el país, ya que si bien este se aplica durante la etapa precontractual, también se materializa y genera efectos directos en las fases consecuentes de la contratación estatal. En este sentido, la honorable Corte Constitucional mediante la intervención del M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (2012), explica:

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos (Sentencia C-300/12, p. 45).

De acuerdo con el precitado texto, la Corte Constitucional, reafirma el deber y la responsabilidad que tienen las entidades públicas colombianas de realizar una serie de estudios previos antes de la fase de contratación; ya que dichos estudios son fundamentales para determinar la viabilidad de llevar a buen término el contrato durante su respectiva etapa de ejecución, disponer de un pliego de condiciones conciso que se ajuste a su propia realidad y a la del mercado nacional, confirmar las necesidades y requerimientos que se pretenden suplir con el proceso de contratación y si los mismos, procuran el interés público y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

De igual forma, la aplicación correcta del principio de planeación obedece al deber que tienen las entidades públicas de disponer, al momento de la fase de contratación, de todos los permisos, predios, recursos, entre otros elementos que son requeridos para cumplir con el objeto del contrato y así, poder aminorar la incidencia de los riesgos identificados en la fase



precontractual, evitar el desgaste de la administración, sobrecostos que afecten el erario público y la posible nulidad del contrato, etc. Por su parte, el Consejo de Estado mediante la intervención del C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, determinó, que:

El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub. C. Sentencia 22.464, 2012, p. 1).

Aunado con lo anterior, es posible dilucidar la relevancia que tiene el principio de planeación en el proceso de contratación estatal, y más aún cuando, según los aportes de Jaimes Reina (2018), la falta de aplicación de este principio “desde la apertura del proceso contractual, conlleva a una serie de problemas que se ven reflejados en mayor grado al momento de la ejecución del mismo, pasando la etapa precontractual sin ningún problema, pero que se evidencian en la etapa contractual” (p. 8) y en las etapas siguientes; incluso, en la fase de culminación del contrato.

Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado mediante la intervención del C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, explica que el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario,



deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 22.471, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2012).

Ante este panorama y para lograr un desarrollo eficiente de la contratación pública, el Consejo de Estado es la entidad rectora para el conocimiento de estos procesos, a través de los jueces de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto, a continuación, se describe la evolución jurisprudencial efectuada por esta Corte con referencia en el principio de planeación contractual en Colombia. En un primer momento, el Consejo del Estado reconoció que la falta de normativa expresa para consagrar el principio de planeación en los procesos de contratación pública, no es un obstáculo para su efectiva aplicación en todos los contratos estatales, ya que, si bien este carece de una descripción sucinta y específica en el Derecho positivo colombiano, también es posible dilucidar, según la intervención del C.P. Mauricio Fajardo Gómez, que:

Su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional en los artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política como legal, artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la ley 80 de 1993 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 8031, 2008, p. 81).

Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado explica que, para lograr la cabal aplicación del principio de planeación contractual en Colombia en los procesos de contratación pública, las entidades estatales deben asegurarse que el objeto contractual permite al Estado colombiano, según los preceptos de la Constitución Política de 1991, cumplir con sus fines esenciales, como servir a



la comunidad, promover la prosperidad general, asegurar la convivencia pacífica, entre otros (art. 2). Así mismo, dicho contrato debe favorecer los intereses generales de la población y efectuarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y la publicidad (art. 209). Adicionalmente, en virtud del deber que tiene el gobierno nacional de elaborar sus respectivos Planes de Desarrollo, a las entidades públicas, también les corresponde apoyar esta gestión, mediante la formulación de sus propios planes de inversiones públicas y presupuestos, para que sean aprobados por el Congreso de la República, los cuales son construidos entre otros factores, a través de los estudios y documentos previos adelantados durante la etapa precontractual, lo que a su vez, se relaciona con el principio de planeación contractual (Congreso de Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991, arts. 339-353).

Retomando la precitada intervención del C.P. Mauricio Fajardo Gómez en la Sentencia 8031 de 2008, la Ley 80 de 1993 contiene, además, una serie de disposiciones referidas al principio de planeación contractual y a su cumplimiento como eje esencial de la contratación estatal, con las cuales se postula que las entidades estatales, antes de iniciar el proceso de selección del contratista o de la apertura de las licitaciones o concursos y con anterioridad a la firma del contrato¹⁷; deben verificar las correspondientes partidas presupuestales, la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, las autorizaciones y aprobaciones para ello, deben elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, así como, los pliegos de condiciones o términos de referencia, el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios y los costos

¹⁷ Esta posición también la comparte Dávila Vinueza (2016), al decir que: “Antes del conocimiento público de los procesos de selección, existe una fase preparatoria en la que interviene exclusivamente la Administración. La Ley 80 de 1993 confiere singular importancia a esta etapa pues entiende que las equivocaciones que se presentan incidirán negativamente durante la ejecución del contrato. De lo que se trata, entonces, es de realizar lo necesario para que una vez seleccionado el contratista y celebrado el contrato, pueda ejecutárselo de manera inmediata, evitando demoras por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el cumplimiento de su objeto” (p. 195).



imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos (Congreso de Colombia. Ley 80, 1993, art. 25, num. 6, 7 y 11 a 14).

Todas las acciones referenciadas en breve, derivan y se materializan, mediante el principio de planeación contractual, por lo tanto, la inobservancia o el cumplimiento incompleto, ambiguo o confuso de las mismas, da lugar a que las entidades y los servidores públicos respondan ante las autoridades competentes por los perjuicios ocasionados (Congreso de Colombia. Ley 80, 1993, art. 26, num. 3). Ante esta circunstancia, el Consejo de Estado a través del C. P. Mauricio Fajardo Gómez, ha afirmado que a las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas durante la etapa de planeación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 16.432, 2010).

En virtud de la responsabilidad que tienen las entidades y servidores públicos en los procesos de contratación pública, surge la segunda posición adoptada por el Consejo de Estado frente a la aplicación del principio de planeación contractual, aquella que considera que el alcance de esta responsabilidad, abarca a los proponentes y luego contratistas que celebran contratos con la administración pública, debido al rol de colaboradores proferido por las leyes colombianas y especialmente, por el principio de colaboración contractual definido en el Estatuto de Contratación Pública. De conformidad con este principio, el Consejo de Estado determinó que los contratistas tienen el deber de actuar diligentemente en el proceso de contratación y de conocer y advertir las posibles deficiencias que pudiere presentar la planeación precontractual ejecutada por la entidad estatal y la aplicación del principio de planeación durante este proceso; en caso contrario, los contratistas que celebren contratos bajo estas circunstancias, tienen el deber de responder de forma solidaria con las entidades públicas, ya que reconociendo su nivel de experticia, están ampliamente capacitados para identificar dichas falencias y por lo tanto, la firma del contrato con conocimiento



de aquellas circunstancias, se considera un acto de mala fe y por ello, es posible imputar la responsabilidad correspondiente. En este orden de ideas, el Consejo de Estado mediante la intervención del C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sostiene que:

No debe olvidarse que a las voces del inciso 2^o¹⁸ del artículo 3^o de la Ley 80 de 1993 los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 27.315, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2013, p. 12).

En términos generales, se establece que, según esta segunda postura del Consejo de Estado, los proponentes y luego contratistas junto con las entidades públicas, comparten su responsabilidad ante la existencia de fallas y errores en la fase precontractual del proceso de contratación pública y en la aplicación del principio de planeación contractual, porque ante el conocimiento explícito de estas deficiencias, los proponentes y contratistas deben hacer un llamado a la entidad pública correspondiente para que efectúe las modificaciones correspondientes que permitan la

¹⁸ Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. Nota de Vigencia: La frase “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado,” que se encuentra en el precedente inciso queda derogada en virtud de la Ley 1150 de 2007, emitida por el Congreso de la República (Congreso de Colombia. Ley 80, 1993, art. 3, inc.2).



rectificación o mejora de las mismas. En estos casos, los proponentes y luego contratistas, deben responder junto con las entidades públicas por los consecuentes sobrecostos y retrasos en la ejecución del objeto del contrato lo que, a su vez afecta, el erario público, el interés general y los fines esenciales del Estado.

Posteriormente, el Consejo de Estado ha desarrollado una tercera posición con respecto a la inobservancia en la aplicación del principio de planeación contractual como factor causal de la declaratoria de nulidad judicial del contrato público. Desde esta perspectiva, se ha continuado reconociendo el principio de planeación contractual como un principio optimizador del funcionamiento de la gestión administrativa del Estado que se encuentra bajo la responsabilidad de las entidades públicas que se concretiza durante la etapa de precontractual cuando se determina el proceso de selección, el objeto del contrato, los costos asociados a este, los posibles riesgos, los recursos requeridos y la existencia de los mismos, entre otros aspectos; lo que en conjunto incide en la ejecución de las demás fases del proceso de contratación y en el cumplimiento de los principios de eficiencia y eficacia de las actuaciones administrativas.

Sin embargo, cuando los proponentes y luego los contratistas, así como las entidades públicas, celebran contratos sin el debido cumplimiento de la totalidad de los estudios previos y agotando la totalidad de las acciones que configuran la etapa precontractual del proceso de contratación, como *v.gr*, la obtención previa de los predios para la ejecución de una obra o la elaboración completa del pliego de condiciones o términos de referencia, entre otros asuntos. Ante estos hechos, se produce la infracción al deber de planeación lo que, a su vez, da lugar a la nulidad absoluta del contrato, con fundamento, según el Consejo de Estado, en:

[La violación] de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11-14 del artículo 25; el numeral 3 del artículo 26, los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de



la Ley 80 de 1993; y el artículo 2 del Decreto 1 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el propósito de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia 27.315 de 2013; Sentencia 24.809, 2014).

Adicionalmente, retomando la intervención del C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el Consejo de Estado, determinó con respecto a la nulidad absoluta del contrato por la inobservancia del principio de planeación contractual, que:

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 27.315, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2013, p. 10).

En contraste con estos supuestos fácticos, la Sección Cuarta del Consejo de Estado emitió una cuarta posición acerca del tema, cuando conoció un proceso en contra de la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, mediante imposición de acción de tutela con la Sentencia 01919 de 2014. En esta oportunidad, el



M.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenas, fue enfático en decretar, según el numeral 2¹⁹ del artículo 44 del Estatuto de Contratación Pública, que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, sólo se hace efectiva por las causales que expresamente señalen las Leyes del país; por lo tanto, para establecer dicha nulidad con base en la inobservancia del principio de planeación, es preciso analizar el contenido de las prestaciones pactadas entre las partes, dado que “la violación del principio de planeación, por una parte, no es una causal autónoma o directa de nulidad del contrato y, por otra, no encaja en la configuración de un verdadero caso de objeto ilícito” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia 01919, 2014, p. 33).

Conforme con las posiciones proferidas en líneas previas, acerca de la posición del Consejo de Estado colombiano, en relación con la aplicación del principio de planeación contractual, se evidencia que en reiteradas ocasiones, esta corporación ha sido enfática en reconocer que este principio, junto con la etapa precontractual del proceso de contratación, apoya a las entidades estatales en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, ya que a través de esta fase, se prevén los recursos, costos, métodos de selección del contratista, riesgos, solicitud de autorizaciones y permisos para ejecutar el contrato, entre otras actividades. Sin embargo, también se identificó una posición contradictoria con relación a la declaratoria de la nulidad absoluta por la inobservancia del principio de planeación durante el proceso contractual, ya que, por una parte, se considera que las deficiencias o fallas en este principio per se, da lugar a la nulidad; aunque, por otra parte, se definió que este tipo de nulidad solo se hace efectiva, por la infracción de una causal fijada taxativamente en el ordenamiento jurídico y legal de la nación.

3.2. Aplicación del principio de planeación en la contratación de entidades con régimen especial de contratación

¹⁹ Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (Congreso de Colombia. Ley 80, 1993, art. 44).



De acuerdo con el cuerpo normativo colombiano, la existencia de regímenes especiales de contratación no implica el desconocimiento de los principios constitucionales o legales que conforman en general la actividad estatal y, en particular, la contratación pública. Por esto, los mencionados regímenes siguen en líneas generales, los parámetros de la Ley 80 de 1993 recogiendo, eso sí, las especiales particularidades de cada tipo de negocio o actividad relacionada con la contratación. Desde esta perspectiva, se evidencia que aquellas entidades públicas del país que por la naturaleza de los servicios que presta, tiene un régimen especial de contratación para cumplir con los principios de eficiencia, eficacia y celeridad que demanda la población, como es el caso de las Empresas Sociales del Estado E.S.E., las cuales se rigen por este tipo de régimen especial para poder optimizar su gestión administrativa y brindarle servicios en salud a la población en las condiciones requeridas y en el momento oportuno, se ajustan a lo preceptuado en relación a la aplicación de los principios.

En este sentido, se visualiza que si bien las entidades con régimen especial de contratación están reguladas por el derecho privado, también deben cumplir con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, consagrados constitucionalmente y por las inhabilidades e incompatibilidades previstas legalmente para la contratación estatal; por lo tanto, el principio de planeación contractual, es fundamental para el desarrollo de su gestión, ya que a través de esta, determina con anterioridad, sus necesidades, estima los recursos requeridos y efectúa todos los estudios y documentos previos requeridos para que la ejecución del contrato hasta su culminación, se lleve a cabo, con fundamento en los principios eficacia, eficiencia, efectividad, economía y transparencia de la gestión que desarrollan, obteniendo estándares de calidad.

A tenor de lo planteado, el Consejo de Estado ha expresado que exclusivamente, las entidades con régimen especial de contratación, deben buscar anticiparse a los problemas e



inconvenientes propios de la actividad comercial y, más aún, de la gestión pública; lo cual pueden realizar con el cumplimiento del principio de planeación contractual, según los diferentes niveles de exigencia y complejidad y a través de los diferentes estudios y documentos previos que se deben efectuar durante la fase precontractual del proceso de contratación. En este caso en particular, es aplicable el principio de planeación contractual, según esta Corporación mediante la intervención del C.P. Mauricio Fajardo Gómez, cuando se cumplen con los siguientes elementos:

- (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;
- (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja;
- (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.;
- (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;
- (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;
- (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;
- (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente



celebración del contrato que se pretenda celebrar (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 14.287, 2006, p. 94).

De acuerdo con el precitado texto, se evidencia que la aplicación del principio de planeación en la contratación de entidades con régimen especial de contratación, se efectúa en un primer momento, con el cumplimiento de las acciones que constituyen la etapa precontractual, explicada en secciones anteriores y que hacen referencia a los estudios y documentos previos, la definición explícita y fundamentada de la necesidad que se pretende satisfacer con el proceso de contratación, la identificación y determinación de las partidas presupuestas requeridas para la posterior ejecución del objeto de contratación, los riesgos imprevisibles que se pueden presentar durante las siguientes etapas y las formas de mitigarlos, entre otros asuntos que son esenciales para lograr una contratación eficiente, acorde con los intereses generales de la población y los fines esenciales del Estado colombiano.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el alcance del principio de planeación contractual corresponde a todo el proceso de contratación pública, adicional a la observancia de la etapa precontractual del mismo, las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, Ley 80 de 1993; tienen la responsabilidad de realizar actividades de vigilancia y control con respecto a la ejecución del contrato mediante la definición previa de políticas de control y seguimiento, esto con la finalidad de verificar que la entidad estatal y los contratistas cumplan a cabalidad con las obligaciones pactadas y se alcance el balance financiero del contrato. En este sentido, las políticas de seguimiento y control del contrato, deben establecer de forma clara y precisa, los responsables de la entidad con régimen especial de contratación, que están a cargo de adelantar esta función, sus facultades, responsabilidades, procedimientos que reglamenta las relaciones contractuales con los contratistas, entre otros asuntos (Procuraduría General de la Nación, 2011).



De conformidad con lo anterior, las entidades estatales con régimen especial de contratación, lograrán no solo el cumplimiento del principio de planeación contractual y el desarrollo de los contratos, sino también la culminación satisfactoria del mismo, todo ello en beneficio de la eficiente inversión de los recursos públicos y la plena satisfacción de las necesidades de la entidad estatal que dieron lugar al proceso de contratación pública, planificado y supervisado.

3.3. Etapa de planeación definida en la Resolución N° 5185 de 2013 para las empresas sociales del Estado

En referencia a lo planteado en secciones previas, las Empresas Sociales del Estado E.S.E., fueron creadas con el objeto de prestar servicios de salud en el territorio nacional, como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. Por lo tanto, para la prestación de servicios en salud eficientes y oportunos para la población colombiana, el legislador dictaminó que estas entidades estatales están reguladas por un régimen especial de contratación de carácter privado, aunque con el deber de cumplir con los principios consagrados con la Ley 80 de 1993, así como con las inhabilidades e incompatibilidades preceptuadas en esta misma norma. Desde esta perspectiva, las Empresas Sociales del Estado E.S.E., tienen la responsabilidad de aplicar entre otros principios, el de planeación contractual, aquel que se ha configurado en el ordenamiento nacional, a través de la hermenéutica jurídica efectuada por las altas cortes del país; se trata de un principio que no solo comprende las actuaciones de estas entidades durante etapa precontractual del proceso de contratación pública, sino que tiene trascendencia con respecto a las demás fases de esta gestión administrativa.



Para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y sus funciones, el Ministerio de Salud y la Protección Social promulgó la Resolución N° 5185 de 2013, con el objeto de fijar los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado E.S.E., adopten sus respectivos estatutos de contratación, el cual regirá la actividad de la Empresa Social del Estado en el sistema de compras y contratación. A través de esta normativa, se promulgó de forma explícita el principio de planeación que reglamenta a estas entidades, de la siguiente forma:

En virtud del principio de planeación, la Empresa Social del Estado debe hacer durante la etapa de planeación el análisis de la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de riesgo del objeto a contratar. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso (Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185, 2013, art. 4, num. 4.14).

Según el precitado texto, el principio de planeación que ampara a las Empresas Sociales del Estado E.S.E., está correlacionado con la etapa precontractual del proceso de contratación pública, consagrada con el Estatuto General de la Contratación (Ley 80 de 1993); por lo tanto, estas entidades estatales deben estudiar la factibilidad y viabilidad del objeto a contratar, desde diversas perspectivas y mediante la elaboración de una serie de análisis, tales como: PAA, análisis del sector económico y de los oferentes, estudios previos, estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles y el pliego de condiciones o términos de referencia. Estos análisis en conjunto, permiten de una forma anticipada, determinar y conseguir los recursos, autorizaciones, permisos y demás, lo que, a su vez contribuye a que la selección del contratista, el perfeccionamiento del contrato, su ejecución y culminación; puedan llevarse a cabo según los lineamientos fijados durante la fase de planificación adelantada por la respectiva Empresa Social del Estado E.S.E.



Específicamente, la etapa de planeación definida en la Resolución N° 5185 de 2013 para las Empresas Sociales del Estado E.S.E., comprende dos actividades generales que engloban una serie de acciones clave para lograr que procesos de contratación eficiente, eficaces y legales; dichas actividades, son: estudios y documentos previos, y términos de condiciones, los cuales se explican a continuación, según los preceptos normativos de la resolución en mención. Desde esta perspectiva, los estudios y documentos previos, “son el soporte para tramitar los procesos de contratación de la entidad, los cuales deberán contener [algunos elementos en común], además de los especiales para cada modalidad de selección” (Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185, 2013, art. 9, num. 9.1). En este sentido, se promulgó que este primer grupo de actividades en materia de planeación, se ejecuta siguiendo las acciones descritas en la tabla 5; las cuales en conjunto permiten establecer de forma anticipada, la conveniencia o no, de efectuar el proceso de contratación pretendido por la entidad estatal en cuestión; corroborando la disponibilidad de recursos y definiendo cómo puede culminarse con éxito dicho procedimiento.

Tabla 5.

Acciones asociadas con los estudios y documentos previos en la etapa de planeación

Acciones	Descripción
Necesidad de la Empresa Social del Estado E.S.E.	La descripción de la necesidad que se pretende satisfacer con el proceso de contratación.
Objeto a contratar y requerimientos	Objeto a contratar con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
Selección del contratista	Definir la modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
Costo del contrato	El valor estimado del contrato y la justificación del mismo.
Selección de la oferta	Determinar los criterios para seleccionar la oferta más favorable, en el caso que se requiera.



Riesgos del proceso	Analizar el riesgo y la forma de mitigarlo.
Garantías de la contratación	Disponer y fijar, las garantías exigidas en el proceso de contratación.

Fuente: adaptado del Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185 (2013).

Con respecto a los términos de condiciones, en la Resolución 5185 de 2013, se explica que estos siempre se elaboran, cuando la modalidad y mecanismo de selección del contratista, se realiza mediante la modalidad de convocatoria pública. En este caso, la información que se debe tener cuenta para la elaboración de dichos términos, se recopila en la tabla 6, la misma que está enfocada en precisar los requisitos que deben cumplir los proponentes y posibles contratistas que firmen el contrato con la respectiva Empresa Social del Estado E.S.E., así como, las condiciones en las cuales se espera que el contratista ejecute y finalice la relación contractual pactada de esta entidad estatal.

Tabla 6.

Información requerida para los términos de condiciones en la etapa de planeación

Tipo de información	Descripción
Bien o servicio objeto del contrato	La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato.
Modalidad proceso de selección	La modalidad del proceso de selección y su justificación.
Criterios para la selección del contratista	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.
Costo y/o calidad del proceso de selección	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.



Presentación y evaluación de las ofertas	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.
Factores causales para rechazar una oferta	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.
Características del futuro contrato	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 hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que éste pueda generar.
Partidas presupuestales	El certificado de disponibilidad presupuestal.
Los riesgos del contrato	Los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del riesgo entre las partes contratantes.
Garantías	Las garantías exigidas en el proceso de contratación y sus condiciones.
El contrato	Los términos, condiciones y minuta del contrato.
Seguimiento y control del contrato	Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
Adendas	El plazo dentro del cual la Empresa Social del Estado puede expedir adendas.
Cronograma del proceso de contratación	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.
Medio de consulta del proceso	Lugar físico o electrónico en donde se pueden consultar los términos de condiciones, estudios y documentos previos.
Entrega de las propuestas	El lugar donde se debe hacer la entrega de las propuestas.



Clausulas excepcionales	La aplicación o no de las cláusulas excepcionales previstas en el Estatuto General de la Administración Pública.
Requerimientos especiales	Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con la modalidad de selección.

Fuente: adaptado del Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185 (2013).

Si bien el contenido normativo de la Resolución 5185 de 2013, no especifica las características mínimas que deben contener cada uno de los elementos referenciados en la tabla 6, es posible dilucidar, que de acuerdo con la información expuesta previamente en el capítulo uno de esta monografía; los lineamientos que deben seguir las Empresas Sociales del Estado E.S.E., para la elaboración de los términos de condiciones, son aquellos consagrados en el Estatuto General de Contratación Pública, Ley 80 de 1993 y en el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.1.2.1.3. Se evidencia entonces que de ser necesario el desarrollo de los términos de condiciones, con sujeción al régimen de contratación público; hace visible que el desarrollo de la Resolución 5185 de 2013, difícilmente permite optimizar y agilizar la gestión administrativa y contractual de este tipo de entidades estatales, aun cuando este ha sido el propósito formulado por el Estado colombiano y que ha orientado la posibilidad de determinar dos regímenes de contratación diferentes.



4. Estudio de la Resolución 5185 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social

En el ordenamiento jurídico nacional, los procesos de contratación pública corresponden a dos regímenes en particular, uno es de carácter público regulado a través del Estatuto General de Contratación Pública, y el otro régimen, está enfocado en las empresas excluidas del primer grupo como las Empresas Sociales del Estado E.S.E., las cuales se regulan a partir de los supuestos implicados con el derecho privado aunque teniendo en cuenta los principios, incompatibilidades e inhabilidades consagradas con la Ley 80 de 1993 junto con la gestión administrativa y fiscal derivada de este mismo cuerpo normativo.

Debido a su naturaleza jurídica, las Empresas Sociales del Estado E.S.E., son una categoría especial de entidad estatal, descentralizada, con patrimonio propio, autonomía administrativa. Así mismo, son organizaciones públicas dedicadas a la prestación de servicios de salud y adscritas al Ministerio de Salud y Protección Social, organización estatal que tiene a su cargo el desarrollo en el sector de la salud en el país y que consagró la Resolución 5185 de 2013, con la finalidad de establecer una serie de lineamientos de cumplimiento obligatorio por parte de aquellas entidades estatales. Se trata de una norma que ha suscitado el interés y el debate entre diferentes sectores sociales de la nación, por lo cual, en este capítulo, se explica la facultad de este Ministerio para la expedición de reglamentos, los lineamientos en materia de contratación de las Empresas Sociales del Estado E.S.E. y el alcance de la etapa de planeación según las disposiciones de esta resolución.

4.1. Facultad del Ministerio de Salud y Protección Social en la expedición de reglamentos aplicables a las Empresas Sociales del Estado

Desde la doctrina, se comprende la potestad reglamentaria, como “el poder del cual gozan algunas autoridades para expedir normas de carácter general que facilitan, permiten, detallan o concretan el contenido de la ley con el fin de hacer viable su ejecución, aplicación o cumplimiento”



(Chávez Marín, 2005, p. 166). Por su parte, la Corte Constitucional, explica que este tipo de potestad permite reglamentar las leyes, respetando ciertos límites normativos. Si bien la potestad reglamentaria, como ya se citó, es la competencia que ejercen solo algunas autoridades para la expedición de normas que permitan el desarrollo de una Ley superior emitida por el legislador, en el caso de Colombia, esta potestad la ejerce el Presidente de la República, quien debe dictar las normas reglamentarias de acuerdo con la respectiva Ley que la ampara y con el objetivo de lograr la correcta ejecución de la Ley que deriva (Corte Constitucional. Sentencia C-302/99, M.P. Carlos Gaviaria Díaz, 1999).

Adicionalmente, la potestad reglamentaria del Presidente de la República también se consagra en la Carta Magna del país, en su artículo 189, numeral 11, de la siguiente forma: “corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa (...) Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (Congreso de Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991); una responsabilidad que también recae en los Ministerios por ser parte de la rama ejecutiva y por lo mandatos constitucionales (art. 208²⁰) y legales (art. 38²¹ Ley 489 de 1998).

²⁰ Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley. Los ministros, en relación con el Congreso, son voceros del Gobierno, presentan a las cámaras proyectos de ley, atienden las citaciones que aquellas les hagan y toman parte en los debates directamente o por conducto de los viceministros. Los ministros y los directores de departamentos administrativos presentarán al Congreso, dentro de los primeros quince días de cada legislatura, informe sobre el estado de los negocios adscritos a su ministerio o departamento administrativo, y sobre las reformas que consideren convenientes. Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes, además, la de los viceministros, los directores de departamentos administrativos, el Gerente del Banco de la República, los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público (Congreso de Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991, art. 189).

²¹ La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:



Particularmente, en el caso que atañe a la presente investigación, con el artículo 76²² de la Ley 1438 de 2011, el legislador facultó al Ministerio de Salud y Protección Social para proferir los lineamientos que deben cumplir las Empresas Sociales del Estado E.S.E. cuando adopten sus respectivos Estatutos de Contratación, lo cual se configuró con los preceptos emitidos a través de la Resolución 5185 de 2013.

Desde esta perspectiva, es posible establecer que el legislador es quien crea la Ley, el Presidente de la República ejerce la potestad reglamentaria consagrada con la constitución, por lo tanto, tiene la responsabilidad de definir como se ejecutará y cumplirá la Ley y los organismos y

1. Del Sector Central: a) La Presidencia de la República; b) La Vicepresidencia de la República; c) Los Consejos Superiores de la administración; d) Los ministerios y departamentos administrativos; e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios: a) Los establecimientos públicos; b) Las empresas industriales y comerciales del Estado; c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; e) Los institutos científicos y tecnológicos; f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. **Parágrafo 1o.** Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. **Parágrafo 2o.** <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**> Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1o. del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos (Congreso de Colombia. Ley 489, 1998, art. 38).

²² **Eficiencia y transparencia en contratación, adquisiciones y compras de las empresas sociales del estado.** Con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación las Empresas Sociales del Estado podrán asociarse 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 lo anterior la junta directiva deberá adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social. Igualmente, las Empresas Sociales del Estado podrán 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. Estas instituciones podrán utilizar mecanismos de subasta inversa para lograr mayor evidencia en sus adquisiciones (Congreso de Colombia. Ley 1438, 2011, art. 76).



autoridades que los suceden, ejercen la potestad regulativa, es decir que se encargan de implementar la voluntad del legislador y del Presidente, la cual debe ser la misma. No obstante, los Ministerios ejercen tanto la potestad regulativa y reglamentaria, esta última, designada por ser una autoridad de la rama ejecutiva y por voluntad del legislador pueden hacerlo (Corte Constitucional. Sentencia C-917/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 2002).

En este punto y en un primer momento, se considera que el Ministerio de Salud y Protección Social, actuó de conformidad con Leyes vigentes en el país, con respecto a la expedición de reglamentos, concretamente a través de la Resolución 5185 de 2013; sin embargo, al estudiar el alcance y el contenido de la potestad reglamentaria, se evidencia que la misma debe ser coherente con las funciones y los fines del Estado, con el principio de legalidad y que, además, está subordinada a la Ley de carácter superior, por lo tanto, para que tenga validez y legalidad, la disposición normativa reglamentaria no puede modificar, ampliar, suprimir o restringir la norma superior que lo sustenta y debe ser previamente tratada por el legislador (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 50.219, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2015). Cuando se incumplen estas disposiciones legislativas y para efectos de este caso en cuestión, el Ministerio de Salud y Protección Social excedió su competencia al momento de ejercer su potestad reglamentaria porque terminó legislando con el legislador y por ello, en este caso, la decisión proferida en exceso está viciada de nulidad (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 11.318, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, 2000). Se plantea en este caso, que todo acto administrativo que se emita con fundamento en la función regulatoria por parte del Estado, deben reconocer los mandatos constitucionales y legales.

4.2. Directrices en materia de contratación a las Empresas Sociales del Estado, contenida en la Resolución N. ° 5185 de 2013



Al retomar el asunto sobre los procesos de contratación de las Empresas Sociales del Estado E.S.E., se trate a colación, que estas entidades están reguladas por un régimen especial de contratación basado en el derecho privado, pero con el cumplimiento de los principios, inhabilidades e incompatibilidades que se consagran con el Estatuto de la Contratación Pública. Adicionalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social excediendo sus competencias de potestad reglamentaria, profirió a través de la Resolución 5185 de 2013, los lineamientos que deben cumplir las Empresas Sociales del Estado E.S.E., para que adopten su respectivo estatuto de contratación. Por lo tanto, para efectos de la presente investigación se explican en las siguientes líneas, las directrices contenidas en esta resolución con respecto al proceso de contratación que tienen incidencia para este tipo de empresas.

Según se ha referenciado en acápite previos, el proceso de contratación consagrado con la Resolución 5185 de 2013, que compete a las Empresas Sociales del Estado E.S.E., se ejecuta a través de cinco etapas, a saber: planeación, selección, contratación, ejecución y liquidación y obligaciones posteriores. En este caso, se especifica con respecto a la etapa de contratación, la cual esta mediada por la etapa de planeación y selección. Como ya se planteó en secciones anteriores, la planeación corresponde en primera medida a la etapa precontractual, la cual implica la elaboración y consecución de una serie de estudios y documentos previos, que permitan establecer el objeto a contratar, determinar los mejores criterios para evaluar las ofertas que se reciban, identificar posibles riesgos, definir si se cuentan o no con los recursos presupuestales requeridos para la ejecución y culminación eficiente del contrato (Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185, 2013).

Por otra parte, la etapa de selección como su nombre lo indica, hace referencia al proceso durante el cual la Empresa Social del Estado E.S.E., teniendo en cuenta los criterios de selección definidos en la etapa de planeación y las normas generales y especiales aplicables a cada modalidad



de selección del contratista, se elige la oferta más favorable para las necesidades y circunstancias de la entidad estatal que adelanta el proceso de contratación. Así mismo, es preciso señalar que, en los procesos de contratación bajo la modalidad de convocatoria pública, la Empresa Social del Estado E.S.E., podrá conformar un comité de apoyo a la actividad contractual (Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185, 2013). Continuando con la etapa de contratación propiamente dicha, según la Resolución 5185 de 2013,

[Esta fase] corresponde con el 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 (Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185, 2013).

De acuerdo con el precitado texto, es posible dilucidar que si bien la intencionalidad con el régimen especial de las Empresa Social del Estado E.S.E., es agilizar los trámites en los procesos de contratación, pero logrando los mejores resultados al respecto; se evidencia con la etapa de contratación promulgada con la Resolución 5185 de 2013, que dicho propósito no se cumple a cabalidad ya que los procedimientos que se deben adelantar con esta etapa, guardan estrecha relación con aquellas acciones consagradas con el Estatuto General de la Contratación Pública y que son de obligatorio cumplimiento por las entidades estatales que se rigen en su totalidad por estos preceptos normativos.

Sumado a lo anterior, la Resolución 5185 de 2013, en materia de contratación también proclama una serie de lineamientos que las Empresas Sociales del Estado E.S.E., deben cumplir a



cabalidad para llevar a cabo su proceso de contratación; iniciando con los principios que rigen la actividad contractual y que se consagra con el artículo 4 de esta norma, algunos de los cuales, son: igualdad, economía, transparencia, imparcialidad, responsabilidad y celeridad, entre otros. De igual forma se determinan las modalidades y mecanismos de selección, a saber: convocatoria pública contratación directa y otros mecanismos de selección, como la subasta inversa. Así mismo, esta Resolución determina el requerimiento de elaborar el Plan Anual de Adquisiciones (PAA), con la finalidad de definir los bienes, obras y servicios que la Empresa Social del Estado E.S.E., requerirá durante el año para el cumplimiento de sus funciones. Y finalmente, se establece a través de esta Resolución, el deber que tienen las Empresas Sociales del Estado E.S.E., de expedir sus respectivos Manuales Contratación, con los cuales se plasman “los temas administrativos del manejo de la contratación, los procesos y procedimientos, así como las áreas o personas que intervienen en las distintas fases de la contratación y en la vigilancia y ejecución del negocio jurídico” (Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185, 2013, art. 17); así como los responsables de la entidad de atender las dudas sobre la aplicación del estatuto y este manual de contratación.

4.3. Alcance de la etapa de planeación contenida en la Resolución N. ° 5185 de 2013.

En términos generales, la etapa de planeación contenida en la Resolución 5185 de 2013, es equivalente a la fase precontractual del proceso de contratación pública aplicable a las entidades públicas regidas por la ley 80, teniendo en cuenta que la etapa de planeación y de selección son independientes, es decir que no se perfeccionan de forma simultánea, como se presenta en el derecho privado. En este sentido, la etapa de planeación comprende la totalidad de estudios y documentos previos requeridos para lograr un proceso de contratación eficiente hasta que se culmina el mismo.



Cabe mencionar que en función del principio de planeación consagrado con la Resolución 5185 de 2013, el alcance de dicha etapa en el proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado E.S.E., llega hasta la liquidación del contrato y obligaciones posteriores, en primer lugar, porque el principio establece desde la perspectiva, que, si durante la fase precontractual se llevan a cabo de forma eficiente todas las acciones implicadas, se logrará terminar de satisfactoriamente el contrato. Además, porque las Empresas Sociales del Estado E.S.E., tienen la responsabilidad de adelantar acciones de verificación y control durante todo el proceso de contratación, esto con la finalidad de realizar un seguimiento continuo al proceso y de este modo poder identificar posibles falencias y así remediarlas en el menor tiempo posible.



5. Conclusiones

El Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993), se proclamó en el país con la finalidad de lograr procesos de contratación estatal basados en la transparencia y en la participación activa de los interesados; y que, además, que fuese un régimen aplicable a la totalidad de entidades estatales del país. Sin embargo, por su naturaleza jurídica y los servicios que presta, el legislador determinó un régimen especial de contratación para las Empresas Sociales del Estado E.S.E., con el propósito de mejorar y agilizar sus procesos de contratación. Desde esta perspectiva, es posible determinar que, en ambos regímenes, la contratación pública se efectúa con el propósito de cumplir con los fines esenciales del Estado e inicia con la denominada etapa precontractual, la cual se perfecciona con la elaboración íntegra del Plan Anual de Adquisiciones (PAA), análisis del sector económico y de los oferentes, estudios previos estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible y el pliego de condiciones o términos de referencia. Esta etapa se suele confundir con el principio de planeación, sin embargo, este último tiene incidencia hasta la culminación del contrato, aunque la etapa precontractual es fundamental, ya que el éxito o fracaso, así como la terminación de este proceso de contratación pública, depende de las acciones adelantadas durante dicha fase.

Adicionalmente, se concluye que las Empresas Sociales del Estado E.S.E., están excluidas del Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993), por ello, está regulado por un régimen especial basado en el derecho privado, aunque en cumplimiento de los principios, inhabilidades e incompatibilidades consagrados con la Ley 80 de 1993. Estas entidades son categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos; enfocadas en la prestación de servicios de salud en el territorio nacional, de ahí que sea importante disponer de un proceso de contratación ágil y rápido que permita satisfacer las necesidades y



expectativas en materia de salud de la población colombiana. Por este motivo, siguiendo los supuestos doctrinales del derecho privado, el proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado E.S.E., se ejecuta a través de tres etapas: etapa precontractual (negociaciones preliminares, presentación de oferta, aceptación de oferta), etapa contractual (suscripción del contrato, aprobación de garantías, modificaciones, ampliaciones, adiciones y suspensiones) y etapa extinción de las obligaciones (culminación del plazo, resciliación, novación, remisión, prescripción extintiva).

A tenor de los postulados normativo y doctrinales referenciados previamente, se identificó que el principio de planeación, en los procesos de contratación pública en Colombia, hace referencia a las diversas etapas que se deben perfeccionar durante este proceso y que se deben llevar a cabo en su totalidad para lograr el éxito en la contratación; por lo tanto, no solo integra la etapa de planeación o precontractual, sino que incide a lo largo del proceso contractual. Desde esta perspectiva, se identificó que el principio de planeación en el ámbito de la contratación pública en Colombia, es un principio que no se encuentra consagrado ni en el Estatuto de Contratación Pública, Ley 80 de 1993, ni otras normas positivas del cuerpo legislativo del país. Es por ello que el Consejo de Estado ha tenido cuatro posturas jurisprudenciales, al respecto, iniciando con la posición donde se reconoce en función de ciertas disposiciones legales y constitucionales de la nación, que este principio tiene fuerza vinculante, porque es fuente para el cumplimiento de otros principios contractuales, legales y constitucionales, lo que significa que las entidades estatales tienen la responsabilidad de ejecutar cada una de las acciones implicadas con la etapa precontractual del proceso de contratación pública que permiten estudiar y determinar la factibilidad y viabilidad financiera, económica, social, legal, política y ambiental, para el desarrollo del objeto de contrato, teniendo en cuenta que el mismo, debe satisfacer el interés general de la población y los fines esenciales del Estado.



Una segunda postura del Consejo de Estado, continúa reconociendo la relevancia del principio de planeación en el proceso de contratación pública, pero también establece que cuando se presentan deficiencias durante la etapa precontractual y estas tienen incidencia en las fases posteriores del proceso de contratación, tanto la responsabilidad por los daños causados recae en los proponentes y luego contratistas que celebran contratos con la administración pública, debido al rol de colaboradores proferido por las leyes colombianas y especialmente, por el principio de colaboración contractual definido en el Estatuto de Contratación Pública.

Una tercera postura se relaciona con la declaratoria de nulidad judicial del contrato público, teniendo como factor causal las falencias que se presentan con el principio de planeación contractual, es decir, cuando los proponentes y luego los contratistas, así como las entidades públicas, celebran contratos sin el debido cumplimiento de los estudios previos. Una cuarta posición la estableció la sección cuarta del Consejo de Estado, al determinar que la declaratoria de nulidad no es posible por la inobservancia y violación al principio de planeación, sino que se da por un verdadero factor ilícito.

El Ministerio de Salud y Protección Social, expidió en el año 2013, la Resolución 5185 con la cual dictamino los lineamientos a seguir por parte de las Empresas Sociales del Estado E.S.E., para el establecimiento de sus propios estatutos de contratación. Al respecto, se concluye que la este Ministerio, excedió sus facultades reglamentarias y regulatorias, ya que, si bien la Ley 1438 de 2011 facultó a esta entidad para proferir los lineamientos antes mencionados, el alcance y el contenido de la Resolución 5185 de 2013, van en contra de su potestad reglamentaria, porque en este caso la disposición normativa reglamentaria no puede modificar, ampliar, suprimir o restringir la norma superior que lo sustenta y debe ser previamente tratada por el legislador.



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNALA®



Referencias

- Amaya Rodríguez, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Via Iuris*(20), 105-119. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6610306.pdf>
- Aponte Díaz, I. (enero-junio de 2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(11), 177-207. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/5038/503856212008.pdf>
- Arroyave Flórez, J. (s.f.). *ABCES sobre Contratación Pública o Estatal*. Medellín: Universidad CES. Obtenido de http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4658/1/ABCES_Contratacion_Publica_o_Estatal.pdf
- Australian Government. (2010). *AS/NZS ISO 31000:2009. Risk Management – Principles and Guidelines*. Canberra: Comcover. Department of Finance and Deregulation. Obtenido de https://www.finance.gov.au/sites/default/files/COV_216905_Risk_Management_Fact_Sheet_FA3_23082010_0.pdf
- Bermúdez Valencia, F. (2015). *Por falta de planeación del Estado deviene la responsabilidad de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho. Especialización Derecho Administrativo – Cohorte 41, Seminario de Investigación. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2152/Bermudezfaizully2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Botero Uribe, D. (1997). *Hermenéutica Jurídica: Homenaje a Darío Echandía*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- Caicedo, S., & Álvarez, J. (2016). *Manual de contratación tipo para las Empresas Sociales del Estado de Primer Nivel de Atención en el Departamento de Nariño*. Pasto, Nariño:



- Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD). Escuela de Ciencias Administrativas, Contables y Económicas y Negocios. Obtenido de <https://stadium.unad.edu.co/preview/UNAD.php?url=/bitstream/10596/8590/1/59827852.pdf>
- Caldera, D., Ortega, M., & Sánchez, M. (2017). Planeación estratégica en organizaciones de la sociedad civil. Un breve análisis para el estado de Guanajuato. *Revista Holos*, 2, 337-348. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=481554847024>
- Cassagne, J. (1975). Los contratos de la administración pública (distintas categorías y regímenes jurídicos). *Revista de Administración Pública*(78), 411-428. Obtenido de <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjI5MTAmaWR1PTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0xOTc1XzA3OF80MTEuUERGMZpbGU9MTk3NV8wNzhfNDExLIBERiZ0YWJsYT1BcnRyY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg==>
- Cassagne, J. (enero de 2016). La «divisio» público-privada: una dicotomía central de la contratación administrativa. *Contratación Administrativa Práctica*(141). Obtenido de http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dt7uLdz7xde5nVTVMvPfrK4yJdtjr-L8-un1fTN9Sr_
- Castillo Murillo, E. (2018). *La trascendencia de los estudios previos, como materialización del principio de planeación en los contratos estatales de obra*. Bogotá, Colombia: [Tesis de Maestría en Derecho Administrativo]. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo. Obtenido de <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/17958?show=full>



- Charris Benedetti, J., & Llamas Foliaco, A. (julio-diciembre de 2016). El riesgo inherente al proveedor como criterio preventivo en la contratación pública. *Revista Derecho del Estado*(37), 95-125. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n37/n37a03.pdf>
- Chávez Marín, A. (2005). *Lecturas de derecho administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho.
- Colombia Compra Eficiente. (24 de abril de 2017a). *Guía para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones (G-EPAA-01)*. Obtenido de colombiacompra.gov.co: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_plan_anual_adquisiciones.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (5 de marzo de 2017b). *Guía para la elaboración de Estudios de Sector (G-EES-02)*. Obtenido de colombiacompra.gov.co: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_elaboracion_estudios.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (5 de octubre de 2017c). *Manual para la identificación y cobertura del Riesgo (M-ICR-01)*. Obtenido de colombiacompra.gov.co: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf
- Congreso de Colombia. Constitución Política de Colombia. (1991). *Actualizada con los Actos Legislativos a 2016*. Bogotá D.C.: Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Centro de Documentación Judicial– CENDOJ & Biblioteca Enrique Low Murtra -BELM. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>
- Congreso de Colombia. Ley 10. (10 de enero de 1990). Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 39.137*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3421>



- Congreso de Colombia. Ley 100. (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 41.148*.
Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>
- 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. *Diario Oficial No. 46.691*. Obtenido de https://canaltrece.com.co/uploads/file_uploads/L1150007.pdf
- Congreso de Colombia. Ley 1437. (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial No. 47.956*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Congreso de Colombia. Ley 1438. (19 de enero de 2011). Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 47.957*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html
- Congreso de Colombia. Ley 1474. (12 de julio de 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. *Diario Oficial No. 48.128*. Obtenido de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201474%20de%2012%20de%20Julio%20de%202011.pdf>
- Congreso de Colombia. Ley 1751. (16 de febrero de 2015). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 49.427*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html
- Congreso de Colombia. Ley 1797. (13 de julio de 2016). Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras



- disposiciones. *Diario Oficial No. 49.933.* Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=73454>
- Congreso de Colombia. Ley 489. (29 de diciembre de 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas... *Diario Oficial No. 43.464.* Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html
- Congreso de Colombia. Ley 80. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial No. 41.094.* Obtenido de http://www2.igac.gov.co/igac_web/UserFiles/File/web%202008%20ley%2080-93.pdf
- Congreso de la República. 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. *Diario Oficial No. 46.691.* Obtenido de http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_col_ley1150.pdf
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84. (31 de mayo de 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Diario Oficial No. 2.867.* Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 16.432, Radicado No. 25000-23-31-000-1993-09448-0116432 (C. P. Mauricio Fajardo Gómez 14 de abril de 2010).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 22.471, Radicación No. 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 28 de marzo de 2012).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 24.809, Radicación No. 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 20 de octubre de 2014).



- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 27.315, Radicado No. 68001-23-15-000-1998- 01743-01 (27315) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 24 de abril de 2013). Obtenido de https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2013/CE%20SIII%20E%2027315%20DE%202013//CE%20SIII%20E%2027315%20DE%202013_ORIGINAL.doc
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 14.287, Radicación No. 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287) (C.P. Mauricio Fajardo Gómez 31 de agosto de 2006).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia 01919, Radicación No. 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC) (M.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás 21 de agosto de 2014).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 8031, Radicación No. 15001-23-31-000-1988-08431-01(8031) (C.P. Mauricio Fajardo Gómez 5 de junio de 2008).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 22.464, Radicación No. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 1 de febrero de 2012).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 24697, Radicación No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697) (C.P. Enrique Gil Botero 24 de octubre de 2013). Obtenido de https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/700_CE-Rad-24697.doc.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 11.318, Radicación No. 252670-CE-SEC3-EXP2000-N11318 (C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros 24 de agosto de 2000).



Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 50.219, Radicación No. 207500911001-03-26-000-2014-00037-00-50219 (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 20 de abril de 2015).

Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. Documento 3714. (1 de diciembre de 2011). *Del riesgo previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública*. Obtenido de [colombiacompra.gov.co: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf)

Corte Constitucional. Sentencia C-1008/10, Expediente D-8146 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 9 de diciembre de 2010). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-1008-10.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-300/12, Expediente D-8699 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 25 de abril de 2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2012/C-300-12.rtf>

Corte Constitucional. Sentencia C-302/99, Expediente D-2242 (M.P. Carlos Gaviaria Díaz 5 de mayo de 1999). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-302-99.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-344/17, Expediente D-11709 (M.P. Alejandro Linares Cantillo 24 de mayo de 2017). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-344-17.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-559/04, Expediente D-4850 (M.P. Álvaro Tafur Galvis & Alfredo Beltrán Sierra 1 de junio de 2004). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2004/C-559-04.rtf>

Corte Constitucional. Sentencia C-917/02, Expediente D-4082 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra 29 de octubre de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-917-02.htm>

Dávila Vinuesa, L. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá D.C.: Legis.



- Dávila Vinuesa, L. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal* (3 ed.). Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2004). *Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública*. Bogotá D.C.: Grupo de Comunicaciones y Relaciones Públicas. Obtenido de https://www.ramajudicial.gov.co/documents/3272611/3370501/MANUAL_BUENAS_PRACTICAS+DNP.pdf/c97d8bdb-444a-405e-8aac-e42745af2e04
- Gobernación de Antioquia. (25 de abril de 2018). *Conoce el Régimen de inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses para contratar con el Estado*. Obtenido de antioquiahonesta.com: <https://www.antioquiahonesta.com/noticias/conoce-el-regimen-de-inhabilidades-e-incompatibilidades-prohibiciones-y-conflictos-de-intereses-para-contratar-con-el-estado/>
- González-López, É. (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal, La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, 39. Bogotá D.C.: Derecho Administrativo No. 10, Universidad Externado de Colombia.
- Gordillo, A. (2015). Los Contratos Administrativos. En A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 11: Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo* (págs. 807-815). Buenos Aires: FDA. Obtenido de https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc6/ca1.pdf
- Jaimés Reina, C. (2018). *Avances jurisprudenciales frente al principio de planeación en la contratación pública en la jurisprudencia colombiana*. Cúcuta, Colombia: [Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de Especialista en Contratación Estatal]. Universidad Libre Seccional Cúcuta. Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales. Especialización en Contratación Estatal. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11758/PAPER%20TRABAJ%2>



0AVANCES%20JURISPRUDEN%20PRINCIPIO%20PLANEACION.pdf?sequence=1
&isAllowed=y

Jaimes Reina, C. (2018). *Avances jurisprudenciales frente al principio de planeación en la contratación pública en la jurisprudencia Colombiana*. Cúcuta, Colombia: [Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de Especialista en Contratación Estatal]. Universidad Libre Seccional Cúcuta. Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales. Especialización en Contratación Estatal. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11758/PAPER%20TRABAJ%200AVANCES%20JURISPRUDEN%20PRINCIPIO%20PLANEACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Jauregui Filippo, N., Camacho Villamizar, N., & Peñaranda Blanco, A. (2018). *Evolución de la posición del Consejo de Estado frente a la aplicación del principio de planeación en la contratación estatal en Colombia*. Cúcuta, Colombia: [Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de Especialista en Contratación Estatal]. Universidad Libre Seccional Cúcuta. Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales. Especialización en Contratación Estatal. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11874>

Luna González, A. (2015). *Proceso Administrativo*. México: Grupo Editorial Patria S.A.

Martinez Prada, M., Rincón Rincón, D., & Villamizar Herrera, G. (2019). *Los actos preparatorios de la contratación estatal y su control judicial en Colombia*. Bogotá: Universidad Libre. Especialización en Contratación Estatal. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11907/LOS%20ACTOS%20PREPARATORIOS%20EN%20LA%20CONTRATACION%20V%202002%20JULIO%20DE%202018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mesa Lozano, M., & Muñoz Vargas, A. (julio-diciembre de 2019). El principio de planeación en el contrato de obra pública. *Revista IUSTA*(51), 185-208. Obtenido de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/5038/pdf>



- Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5185. (2013, diciembre 4). 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. *Diario Oficial No. 48.996*. Retrieved from <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=55871>
- Moreno Cristancho, J. (2017). *Planeación Estratégica*. Bogotá D.C.: Fundación Universitaria del Área Andina. Obtenido de <http://digitk.areandina.edu.co/repositorio/bitstream/123456789/1198/1/Planeaci%C3%B3n%20Estrat%C3%A9gica.pdf>
- Ortiz Espinosa, Y. (2015). *Los contratos de obra pública y la falta de planeación de las entidades estatales frente a un siniestro*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Posgrados en Derecho. Especialización Derecho Administrativo. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6639/ARTICULO%20INVESTIGACION%20-%20Vanessa%20Ortiz%20Epinosa%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ospina Ovalle, N. (2017). *Riesgos previsible en la contratación pública frente a los lineamientos del documento CONPES 3714 de 2011*. Bogotá D.C.: [Trabajo de Grado]. Universidad Santo Tomas. Especialización en Derecho Administrativo. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/4492>
- Pinto Londoño, R., & Tijaro Ortiz, H. (2015). *Lineamientos de contratación en las Empresas Sociales del Estado*. Bogotá D.C., Colombia: [Monografía presentada como requisito para obtener el título profesional de Abogado]. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/13907/Monograf%C3%ADa%20Lineamientos%20Contrataci%C3%B3n%20de%20las%20ESE%20corregida%20y%20definitiva.pdf?sequence=2&isAllowed=y>



- Pinto Londoño, R., & Tijaro Ortiz, H. (2015). *Lineamientos de contratación en las Empresas Sociales del Estado*. Bogotá D.C., Colombia: [Monografía presentada como requisito para obtener el título profesional de Abogado]. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/13907/Monograf%C3%ADa%20Lineamientos%20Contrataci%C3%B3n%20de%20las%20ESE%20corregida%20y%20definitiva.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 019. (10 de enero de 2012). Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. *Diario Oficial No. 48.308*. Obtenido de <https://www.bogotajuridica.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=45322>
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 1082. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. *Diario Oficial No. 49.523*. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx#subseccion05>
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 139. (17 de enero de 1996). Por el cual se establecen los requisitos y funciones para los Gerentes de Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público y se adiciona el Decreto número 1335 de 1990. *Diario Oficial No. 42.693*. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=16412>
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 1510. (17 de julio de 2013). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. *Diario Oficial No. 48.854*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53776>
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 1876. (1994). Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas



- Sociales del Estado. *Diario Oficial N. 41480*. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/decreto-1876-1994.pdf>
- Presidente de la Republica de Colombia. Decreto 624. (30 de marzo de 1989). Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. *Diario Oficial No. 38.756*. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario.html#TITULO%20PRE
- Procuraduría General de la Nación. (2011). *Recomendaciones para optimizar la gestión contractual de las entidades públicas que no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Obtenido de [procuraduria.gov.co: http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/CIRCULAR%20CONJUNTA%20EXTERNA%20adjunto20102011%281%29.pdf](http://www.procuraduria.gov.co:procuraduria.gov.co/portal/media/file/CIRCULAR%20CONJUNTA%20EXTERNA%20adjunto20102011%281%29.pdf)
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2011). *Buenas Practicas de transparencia en la Gestión Contractual*. Bogotá D.C.: PNUD – Colombia. Obtenido de <http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/Gobernabilidad/undp-co-buenaspracticass-2012.pdf>
- Quiroz Varela, E., Ospina Gómez, M., & Mosquera Castrillón, N. (2018). *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*. Medellín: [Trabajo de grado para optar el título de Magister]. Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad de Derecho. Maestría en Derecho Administrativo. Obtenido de <http://repository.unaula.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/1222/1/Efectos%20jur%C3%ADdicos%20de%20la%20Resoluci%C3%B3nN%C2%B0.%205185%20del%204%20de%20diciembre%20de%202013%2c%20en%20lo%20referente%20a%20la%20liqui.pdf>



- Restrepo Medina, M. (2017). *Derecho administrativo. Reflexiones contemporáneas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Roa Peña, J., Sary Sabogal, E., & Rubio Enciso, F. (2017). *Desarrollo de las etapas en la contratación de obras de infraestructura vial con entidades estatales*. Villavicencio, Meta: [Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título de Ingeniero Civil]. Universidad Cooperativa de Colombia. Facultad de Ingenierías. Programa de Ingeniería Civil. Obtenido de http://backdoortechnology.net/bitstream/ucc/6944/1/2017_desarrollo_etapas_contratacion.pdf
- Sandoval Peña, V. (julio-diciembre de 2015). Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. *Revista Derecho Público*(35), 1-27. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5589625.pdf>
- Sentencia 24.715. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Radicado: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715) (C.P. Ruth Stella Correa Palacio 3 de diciembre de 2007). Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920424105f034e0430a010151f034
- Serna Ramírez, W. (2013). *Etapas y componentes de la Contratación Estatal*. Medellín: Escuela Superior de Administración Pública. Obtenido de http://www.colmayor.edu.co/archivos/contratacion_e_etapas_y_comp_bgrky.pdf
- Silva Tenorio, J. (2019). El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa. *Colección Jus público*(27), 47-74. Obtenido de https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23112/1/contratacion-estatal_Cap02.pdf



- Vallejo Molina, J. (2017). Acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia. *Pensamiento Jurídico*(46), 153-168. Obtenido de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/65929>
- Vásquez Santamaría, J. (2018). Algunos problemas “públicos” de la contratación estatal en Colombia como componentes del enfoque de ciclo para la formulación de una Política Pública. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 21(41), 79-98. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87657396006>
- Veeduría Distrital. (2017). *Guía de Riesgos Previsibles Contractuales*. Bogotá: Equipo Veeduría Delegada para la Contratación. Obtenido de <http://veeduriadistrital.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones%202017/GUIA%20DE%20RIESGOS%20CONTRATACION%20WEB.pdf>



RESUMEN

Esta monografía pretende analizar en la etapa precontractual del proceso de contratación de las Empresas Sociales del Estado, la aplicación del principio de planeación y la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles.

Este estudio es importante para conocer el alcance de la Resolución 5185 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social y la manera en que se desarrolla la aplicación del principio de planeación, cómo deben elaborarse de forma adecuada, los estudios previos para evitar sobre costos y de igual manera, verificar los riesgos previsibles, para así proteger el interés general.

PALABRAS CLAVES: Empresas Sociales del Estado, Régimen Jurídico, Principios de la contratación pública.