EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

CARLOS ANDRÉS BALLESTEROS SERPA
TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR
CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
SEPTIEMBRE DE 2013

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN……6-10

CAPÍTULO I

EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS QUE CELEBRAN LAS ENTIDADES PÚBLICAS: LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

1. NOCIONES PRELIMINARES

1.1 La huida del Derecho Administrativo en la contratación estatal. …….....11-12

1.2 La adopción de instituciones contractuales propias del Derecho Civil y Comercial……..12-14

1.3 Regímenes exceptuados de la aplicación del Estatuto Contractual…….....14

2. EL RÉGIMEN AMBIVALENTE DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1La dualidad: Los Contratos Administrativos y los Contratos de Derecho Privado de la Administración……14-17

2.2 Criterios para diferenciar los Contratos Administrativos de los Contratos de Derecho Privado……17

2.2.1 Criterio Subjetivo……17

2.2.2 Criterio de la jurisdicción……..18

2.2.3 Criterio Formal……18

2.2.4 El criterio del servicio público ……18

2.2.5 Criterio del fin de utilidad pública……18-19

2.2.6 Teoría de la cláusula exorbitante……19

2.3 Consecuentes definiciones del Contrato Administrativo……19-20

2.4 Sectores de la doctrina que se oponen a la diferenciación……20-22

2.5 La incorporación del debate en Colombia……..22

2.5.1 La normas sobre contratación administrativa en nuestro país……...22-23

2.5.2 La dualidad contractual de la Administración en nuestro ordenamiento jurídico……23-24

2.5.3 Evolución normativa……..24

2.5.3.1 Decreto 528 de 1964……24

2.5.3.2 Decreto Ley 150 de 1976……...25

2.5.3.3 Ley 19 de 1982……25

2.5.3.4 Decreto Ley 222 de 1983……25-27

2.5.3.5 Ley 80 de 1993……27-30

2.5.3.6 Ley 1150 de 2007…….....31

2.5.3.7 Ley 1437 de 2011……...31-33

3. LOS REGÍMENES EXCEPCIONALES
3.1 Regímenes excluidos de la aplicación de la Ley 80 de 1993…….34
3.1.1 Normas contenidas en el Estatuto Contractual (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011)……..34-39
3.1.2 Normas anteriores al Estatuto Contractual vigentes por aplicación de la Constitución Política…….39
3.1.3 Normas anteriores al Estatuto Contractual vigentes parcialmente……39-42
3.1.4 Normas posteriores al Estatuto Contractual que han establecido excepciones a su aplicación……..43-53

CAPÍTULO II

EL RÉGIMEN COMÚN DE LOS CONTRATOS QUE CELEBRAN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

1. NORMATIVIDAD TAMBIÉN APLICABLE A LOS REGÍMENES EXCEPCIONALES: LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ESTABLECIDO POR EL ESTATUTO CONTRACTUAL
1.1 Panorama general. La vuelta del Derecho Administrativo……54-56
1.2 Los avances de las reformas recientes. La Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011……56-61

2. LOS PRINCIPIOS APLICABLES AL RÉGIMEN COMÚN
2.1 El papel de los principios en el sistema jurídico adoptado por el constituyente de 1991 y particularmente en el Derecho Administrativo…….61-67
2.2 La necesidad de una delimitación del campo de aplicación de los principios en la contratación de los regímenes exceptuados……...67-71
2.3 Los principios de la función administrativa……71-77
2.3.1. Principio de igualdad……77-83
2.3.2 Principio de moralidad administrativa…….84-88
2.3.3 Principio de eficacia……...89-91
2.3.4 Principio de economía……..92-98
2.3.5 Principio celeridad……99-100
2.3.6 Principio de imparcialidad……100-103
2.3.7 Principio de publicidad……103-108
2.3.8 Principio de coordinación……109-111
2.3.9 Principio de legalidad……111-120
2.3.10 Principio de prevalencia del interés general……...120-123
2.3.11 Principio del debido proceso……123-131
2.3.12Principio de planeación……131-139
2.3.13 Principio de la buena fe……..140-148
2.3.14 Principio de la confianza legítima……148-155
2.3.15 Principio de participación……...155-161
2.3.16 Principio de responsabilidad……162-166
2.3.17 Principio de transparencia……166-175
2.3.18 Principio de selección objetiva……..175-178

2.3.19 Principio de la equivalencia económica del contrato……178-183
2.3.20 Principio de libre concurrencia……..184-185
2.4 Los principios de la gestión fiscal……...185-187

3 EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL
3.1 Concepto……187
3.2 Causales……188-193
3.3 Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes y excepciones…….193-195
3.4Consecuencias de la trasgresión del régimen……195

CAPÍTULO III

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

1. ASPECTOS GENERALES DE LAS ESES
1.1 Antecedentes legales……..196-197
1.2 Naturaleza jurídica……198
1.3 Principios básicos……199
1.4 Objetivos……199
1.5 Estructura……...199-200
1.6 Régimen jurídico y contractual……200-201
1.7 Breve referencia histórica a los principales tipos de contratos celebrados por las ESES……...201-222
1.8 Las ESES y la reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) propuesta por el Gobierno del Presidente Santos en 2013……..222-225

2. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS ESES
2.1 Planteamiento……225-226
2.1.1 Principales rasgos característicos de la aplicación prevalente del Derecho Público……226
2.1.1.1 En cuanto a la incorporación de principios que rigen la función administrativa……226-230
2.1.1.2 En cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto Contractual……230
2.1.1.3 La presencia de las cláusulas exorbitantes en los contratos conlleva la aplicación integral del régimen establecido por el Estatuto Contractual……230-241
2.1.1.4 La incorporación de cláusulas exorbitantes determina la competencia de la jurisdicción contenciosa sobre los contratos celebrados por las ESES…….241-242
2.1.1.5 La celebración de alguno de los contratos definidos por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 por parte de las ESES determina la aplicación integral del Estatuto Contractual……242-244
2.1.1.6 La competencia para desarrollar la actividad contractual en las ESES corresponde al Gerente, quien en todo caso puede delegarla……244-247
2.1.1.7 En la actividad contractual de las ESES también se exige el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal (CDP)……247-248

2.1.1.8 En los contratos celebrados por las ESES el registro presupuestal (RP) se constituye como un requisito de perfeccionamiento……248-249
2.1.1.9 Los contratos celebrados por las ESES deben observar el requisito de perfeccionamiento establecido por el Estatuto Contractual……249-250
2.1.1.10 La celebración de contratos por parte de las ESES requiere el cumplimiento de las obligaciones del contratista respecto al Sistema General de Seguridad Social……250-251
2.1.1.11 Se replican las modalidades de selección del contratista propias del Estatuto Contractual……251-252
2.1.1.12 Se replican las reglas sobre contenido de los estudios previos establecidas por el Estatuto Contractual……252
2.1.1.13 Se establece la facultad de imponer multas y cláusula penal pecuniaria y de hacerlas efectivas……..253-257
2.1.1.14 Se incorpora el ejercicio de otras prerrogativas consagradas en el Estatuto Contractual……258-263
2.1.1.15 Se replican las reglas sobre supervisión e interventoría recién incorporadas por el Estatuto Anticorrupción……..263-265
2.1.2 Principales rasgos característicos de la aplicación prevalente del Derecho Privado……265
2.1.2.1 Énfasis en la prevalencia del Derecho Privado……..265
2.1.2.2 Aplicación restrictiva de los principios de la función administrativa.265-266
2.1.2.3 Se incorporan cláusulas exorbitantes adaptándolas a la voluntad de la entidad……...266-268
2.1.2.4 Se establecen reglas internas en cuanto al procedimiento de imposición de sanciones en la ejecución del contrato……268-270
2.1.2.5 Se adopta en términos generales la capacidad de los contratistas según las disposiciones civiles y mercantiles……270-271
2.1.2.6 En los contratos celebrados por las ESES podrían pactarse anticipos o pagos anticipados por encima del 50% del valor del contrato, así como adicionarse por encima del 50% del valor inicial……271
2.1.3 Reflexiones finales sobre de las recomendaciones establecidas por la Circular Conjunta 034 del 28 de octubre de 2011 en relación con el régimen contractual de las ESES……..……... 272-298
2.2 Corolario……299-300

CONCLUSIONES……301-309

BIBLIOGRAFÍA……...310-339

ANEXOS

1. Manual de Contratación del HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER - Empresa Social del Estado
2. Manual de Contratación del HOSPITAL RAFAEL URIBE URIBE - Empresa Social del Estado
3. Circular Conjunta 034 del 28 de octubre de 2011
4. Anexo Circular Conjunta 034 del 28 de octubre de 2011

INTRODUCCIÓN

Desde sus inicios, el Derecho Administrativo se ha caracterizado por establecer normas que se deben aplicar a las actuaciones de la Administración Pública como sujeto particular y por tener una jurisdicción independiente competente para juzgar las controversias que se suscitan a partir de la aplicación de aquellas, lo cual fundamenta su existencia como ordenamiento jurídico especial. De esta manera, cuando las entidades públicas en el ámbito contractual son sometidas a un régimen jurídico diferente que exceptúa la aplicación de las normas administrativas generales, se presenta una particularidad difícil de sortear, pues si bien existe una habilitación para aplicar normas de Derecho Privado, también se debe tener en cuenta que estas entidades manejan recursos públicos, por lo cual no se podría otorgar un trato idéntico que a los particulares.

En virtud de esta dicotomía en las últimas décadas en Colombia se ha insistido en exigir la observancia de los principios que orientan la función administrativa para estos regímenes excepcionales, circunstancia que ha creado un margen generalizado de indeterminación sobre su aplicación, generándose numerosos cuestionamientos, pues no se sabe a ciencia cierta la totalidad de principios aplicables, ni tampoco la manera de aplicarlos, ni hasta qué niveles opera el principio de la autonomía de la voluntad, ni si estos pueden llegar a ser realmente compatibles con el escenario de agilidad y eficiencia que caracteriza a las normas civiles y comerciales. Este tipo de entidades terminan entonces desenvolviéndose en una especie de nebulosa jurídica, en donde el Derecho Privado y el Derecho Público conviven e interactúan en una atmósfera bastante confusa.

Esta situación de incertidumbre puede tener profunda incidencia en el plano de la responsabilidad del servidor público o incluso del particular que maneja recursos públicos. Para nadie es un secreto el giro que ha dado el control público en los últimos tiempos. Ante el enquistamiento del inveterado fenómeno de la corrupción, los denominados órganos de control arrecian día a día su accionar, custodiando celosamente el patrimonio del Estado.

Teniendo en cuenta estas especiales circunstancias, las entidades sometidas a regímenes excepcionales optan por incorporar las reglas propias de la contratación pública, tratando de superar por un lado la incertidumbre jurídica existente y, por el otro, mitigar, en cierta medida, el temor de incurrir en algún tipo de responsabilidad. Empero, dónde queda entonces la intención del constituyente o del legislador cuando decidieron en su momento establecer estos regímenes especiales en razón del objeto particular que desarrollan no pocas entidades? Todo indica, por tanto, la necesidad de delimitar el campo de aplicación de los

principios de obligatoria observancia en relación con la normatividad de Derecho Privado que preponderantemente se aplica en estas entidades.

En este contexto se desarrollan múltiples entidades, entre las cuales encontramos las denominadas Empresas Sociales del Estado (ESES), quienes, en virtud de la Ley 100 de 1993, tienen a su cargo la prestación efectiva y material de los servicios de salud de un gran sector de la población. 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.

El problema jurídico de la presente investigación es precisamente determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la actividad contractual de las ESES y señalar sus rasgos más importantes, con el objeto de brindar una serie de criterios para la determinación de aspectos puntuales como sus principios, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable, las cláusulas exorbitantes, la disponibilidad presupuestal, la forma de perfeccionamiento, sus modalidades de selección, la posibilidad de imponer multas, con el objeto de aclarar muchas situaciones de incertidumbre que se presentan en estas entidades.

Nos proponemos entonces llevar a cabo un juicioso trabajo, realizando un estudio del régimen contractual de las ESES, constituyéndose este tema en el objeto central de nuestra investigación. Para ello, se debe resaltar que contamos con un marco teórico bastante limitado y disperso, en el cual escasean los estudios puntuales sobre el tema pero a la par existe doctrina, jurisprudencia y pronunciamientos de diversos órganos del Estado que si bien no profundizan en el estudio de este régimen contractual, tal y como sería nuestro deseo, sí aportan elementos muy valiosos que traídos a colación de una forma ordenada y rigurosa nos proporcionará una herramienta definitivamente útil para los objetivos de nuestra investigación.

En este sentido, es necesario partir de la contextualización del problema, remontándonos a cómo el Derecho Administrativo, desde su gestación, ha convivido con el Derecho Privado y así cómo esta relación ha evolucionado hasta nuestros días, aparte en que será fundamental el apoyo de la doctrina especializada. De esta manera, partiremos del análisis del régimen jurídico propio de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual se caracteriza por

desarrollar una tensión entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Esta aplicación de la normatividad privada a los contratos celebrados por las entidades públicas regidas por el Estatuto Contractual se aúna a otra tendencia cual es la de excluir de la aplicación del Estatuto Contractual a no pocas entidades públicas y, por ende, la remisión al régimen del Derecho Privado, configurándose de este modo los llamados regímenes excepcionales. Estas circunstancias se enmarcan dentro del denominado fenómeno de la Huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado.

Posteriormente, nos enfocaremos en el estudio del régimen común de las entidades públicas, es decir, tanto de las sometidas al Estatuto Contractual como de aquellas exceptuadas de esta normatividad, para lo cual será de vital ayuda los alcances que la jurisprudencia y la doctrina han determinado en este tema en particular. El estudio del régimen contractual de las ESES debe necesariamente incluir el análisis de dicho régimen común, al constituirse esta como la primera esfera normativa que se aplica a este tipo de entidades.

Lo anterior nos permitirá finalmente, analizar propiamente el régimen especial que el ordenamiento jurídico ha establecido para los contratos que celebran las ESES, valiéndonos para ello no sólo de la legislación, doctrina y jurisprudencia aplicable sino también de importantes pronunciamientos que la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de su labor de control público, ha emitido en su oportunidad, así como algunas opiniones de la Superintendencia Nacional de Salud en su calidad de organismo rector de la inspección y la vigilancia del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-.

Todo lo anterior, con el objetivo primordial de proporcionar a las ESES nuevas herramientas que les permitan comprender, de mejor manera, los fines que deben buscar en el ejercicio de las funciones determinadas por el ordenamiento jurídico, lo cual redundará positivamente en el cumplimiento de los cometidos sociales del Estado en el marco del servicio público de la salud.

Se aprecia de esta forma que nuestra investigación utiliza el método deductivo, pues partimos del régimen general de los contratos que celebra la Administración Pública para luego abordar el estudio del régimen común de los contratos que celebran las entidades públicas, independientemente estén o no sometidas al Estatuto Contractual, para finalmente examinar el régimen especial de las ESES.

Para tales efectos, el presente trabajo consta de tres capítulos, los cuales abarcarán respectivamente el siguiente temario: En el Capítulo I se analiza el régimen general aplicable a las entidades públicas, en el cual se destacan las manifestaciones del fenómeno de "*la huida del Derecho Administrativo al Derecho*

Privado" en el marco de la contratación pública. A partir de este concepto, metodológicamente se puede contextualizar la aplicación de normas especiales a las entidades públicas y por ende la existencia de regímenes exceptuados o excepcionales. Si bien es cierto este tema ha sido ampliamente discutido por los estudiosos del Derecho Administrativo, no por ello ha perdido su importancia, y para el desarrollo de nuestra investigación, resulta necesario retomarlo con miras a introducir el estudio del régimen jurídico que se aplica a las entidades exceptuadas de las normas generales del Estatuto General de Contratación Estatal, tomando como referente particular a las ESES.

Así, la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico del debate de la posibilidad que la Administración celebre contratos de Derecho Administrativo y de Derecho Privado nos abre un espectro bastante útil para determinar el alcance de las actuales excepciones al Estatuto Contractual, pues en uno u otro caso, la intención es salvaguardar algunas actividades de la Administración de la aplicación de estrictas normas propias del Derecho Administrativo. Por ello, en la actualidad se podría razonablemente hablar de la existencia de contratos de Derecho Privado de la Administración al examinar por ejemplo el régimen contractual de las ESES, así en nuestro ordenamiento haya entrado en desuso, por disposición legislativa, esta denominación conceptual.

Sin duda entonces, el régimen contractual de las ESES constituye una manifestación de la Huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado y, en consecuencia, una muestra evidente de la tensión entre el Derecho Público y el Derecho Privado que caracteriza la contratación pública en nuestro país. Así, a guisa de ejemplo, se observa que respecto al régimen contractual de las ESES, si bien es cierto la Ley 100 de 1993 estableció como regla general la aplicación del Derecho Privado, también consagró la posibilidad que las ESES incorporen las cláusulas exorbitantes propias del régimen de Derecho Público del Estatuto Contractual.

Por su parte, en el Capítulo II se estudian los componentes del régimen común de los contratos celebrados por las entidades públicas, que aplica incluso a las ESES. Nos referimos, de este modo, a los principios constitucionales y legales que orientan la función administrativa y la actividad contractual de las entidades públicas y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto Contractual, aspectos que por disposición de la Ley 1150 de 2007 se aplican a este tipo de entidades. Resulta imperativo en este aparte, iniciar por dilucidar el papel de los principios en nuestro sistema normativo, para así poder abarcarlos en toda su dimensión, para lo cual, se reitera, será de vital importancia el sentido que la doctrina y la jurisprudencia le ha dado a estos instrumentos normativos. Respecto a las inhabilidades e incompatibilidades, será preciso tener en cuenta

las recientes modificaciones que a este régimen introdujo el denominado Estatuto Anticorrupción. De ahí la extensión de este capítulo en comparación con los otros.

Finalmente, luego de entender en toda su dimensión este marco conceptual, nos adentramos en el Capítulo III. En este se plantean interrogantes que sólo se pueden abordar a partir del análisis realizado en los Primeros Capítulos, tales como: *¿Subsiste la distinción tradicional: Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración, al tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 dispone que el régimen aplicable a las ESES corresponde al Derecho Privado, salvo si deciden incorporar cláusulas exorbitantes propias del Estatuto Contractual? (...) ¿Dicha incorporación define la jurisdicción competente en materia de controversias que se originen en la actividad contractual? (…) ¿La tipología contractual que se adopte tiene incidencia en el régimen jurídico aplicable? (…)¿La observancia de los principios constitucionales a que hace referencia el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 incluye otros principios diferentes a los establecidos en los artículos 209 y 267 y los principios específicos de la contratación estatal?; Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las ESES deben tener en cuenta las normas del Estatuto Contractual que desarrollan y concretan dichos principios?*

En esta última parte se realiza un estudio específico del régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado que, de manera especial, ha establecido el ordenamiento jurídico, a partir del examen práctico de los rasgos característicos que aplican prevalentemente ya sea, el Derecho Público o el Derecho Privado, en los respectivos manuales de contratación. Como complemento, se plasman algunas reflexiones puntuales sobre las recomendaciones que los órganos de control han realizado en relación con el régimen contractual de las ESES.

Este análisis permitirá aterrizar el contexto normativo y teórico en el que se desarrollan estas entidades y por tanto ilustrar, de mejor manera, el alcance práctico de su régimen excepcional. Cabe resaltar que, el proyecto de ley que recientemente radicó el Gobierno Nacional para modificar el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-, no suprime la figura de las ESES y tampoco altera su régimen contractual, lo cual no releva del deber de seguir cuidadosamente su trámite parlamentario pues a lo largo del mismo pueden llegar a incorporarse disposiciones novedosas al respecto.

En definitiva, la dicotomía de la aplicación del Derecho Público y Privado a las actividades administrativas y sus correspondientes efectos jurídicos se erige como el verdadero fondo de toda nuestra investigación, con lo que se garantiza desde el inicio un trabajo muy interesante, pues esta frontera normativa ha sido, es y será el tema que mayor discusión suscita el estudio del Derecho Administrativo.

CAPÍTULO I

EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS QUE CELEBRAN LAS ENTIDADES PÚBLICAS: LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

1. NOCIONES PRELIMINARES

1.1 La huida del Derecho Administrativo en la contratación estatal

Este fenómeno planteado como un reto[1] o tendencia actual[2] del Derecho Administrativo y denominado incluso por algunos como la desbandada[3] o el éxodo casi permanente[4], ha sido ampliamente estudiado tanto por doctrinantes extranjeros como nacionales. Por ejemplo, según el tratadista español GASPAR ARIÑO ORTIZ,[5] existen tres vías fundamentales en las que se ha manifestado la tendencia de la huida del Derecho Administrativo respecto a la actuación del Estado: primero, a través de la empresa pública; en segundo lugar, a través de la utilización de formas y régimen jurídico para la realización de actividades típicamente administrativas; y en tercer lugar, a través de "privatización" del propio Derecho Administrativo.

Algunos autores, como es el caso del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA[6], no ven con buenos ojos esta figura, al señalar que la huida tiene un fin manifiesto de burlar los procedimientos administrativos y el control de la jurisdicción. En el mismo sentido y refiriéndose a este fenómeno, MIR PUIGPELAT[7] explica que, en un marco supuestamente de mayor eficacia y eficiencia, se libra a las Administraciones encargadas de funciones típicamente administrativas de la rigidez propia de los procedimientos de contratación, gestión patrimonial, de control del gasto y de selección de personal.

---

[1] Ver ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Derecho Administrativo y Globalización. Civitas Ediciones. Madrid 2004. Páginas 191-195.

[2] Ver RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. En "El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI". Editor académico: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Universidad del Rosario, 2007. Páginas 37- 55

[3] PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General. Decimoséptima Edición. Marcial Pons Ediciones S.A Jurídicas, Madrid 2008. Página 42

[4] BALBIN, Carlos F. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. ediciones la Ley. Buenos aires 2008. Página 211

[5] ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Universidad Externado de Colombia. 2003. Página 93.

[6] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo a CINCHILLA, CLOZANO, B. y DEL SAZ, S., Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo, UNED-Civitas, Madrid, 1992, pp 14-15. Citado por ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Derecho Administrativo y Globalización. Civitas Ediciones. Madrid 2004. Páginas 192.

[7] MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Civitas Ediciones, Madrid 2004. Página 161.

Otros, como el tratadista argentino ROBERTO DROMI[8], se oponen a la existencia de este fenómeno, pues afirman que se ha configurado una nueva relación entre el Estado y el individuo, la cual no puede ser considerada una huida del Derecho Administrativo; sino una transformación del mismo. Así, la aceptación de este fenómeno implicaría una privatización de la actividad administrativa y un debilitamiento de las funciones propias del Estado en su calidad de gerente del bien común.

Para SÁNCHEZ RAMÓN[9], esta particular situación ha dado lugar a la existencia de una combinación de elementos de Derecho Público y de Derecho Privado, que se denomina precisamente *Derecho Administrativo Privado*, lo cual incide determinantemente no sólo en el régimen jurídico aplicable, sino también en el control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por su parte, la doctrina nacional en cabeza del profesor TAFUR GALVIS,[10] considera que en nuestro país se ha presentado esta tendencia en los últimos años. En este sentido, identifica dos modalidades básicas de este fenómeno: i) La adopción de formas jurídicas propias de las regulaciones del Derecho Civil y del Derecho Comercial, como es el caso de la utilización por el Estado de formas societarias (de sociedades de economía mixta y sociedades comerciales) y ii) La aplicación del Derecho Privado dentro de formas institucionales de Derecho Público, es decir, en entidades públicas.

En este orden de ideas, podemos identificar también en nuestro ordenamiento jurídico dos manifestaciones concretas del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo en materia de contratación estatal: i) La adopción de instituciones contractuales propias del Derecho Civil y Comercial; y ii) La aplicación como regla general del Derecho Privado a algunas entidades públicas, configurándose así la existencia de los llamados regímenes exceptuados.

1.2 La adopción de instituciones contractuales propias del Derecho Civil y Comercial

Una de las manifestaciones del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado, es precisamente, la utilización de instituciones propias de la contratación privada en la contratación pública y la consecuente aplicación de normas civiles y mercantiles. De lo anterior dan cuenta, principalmente, los artículos 13 y 32 del Estatuto Contractual:

"…Artículo 13.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por

[8] DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Séptima edición. Ediciones Ciudad Argentina. 1998. Página 66

[9] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo parte general. Editorial Tecnos. Madrid 2007, página 68.

[10] TAFUR GALVIS, Álvaro. Estudios de Derecho Público. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1997. Página 95 y siguientes

las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley…"
"…Artículo 32°. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación…"

En la exposición de motivos del Estatuto Contractual, se aprecia claramente la intención del legislador:

"…El proyecto de ley busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y regulador de las relaciones sociales. Por eso, las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico. Por esa razón se reconoce en los artículos 13 y 34 del proyecto la plena aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual.
En particular esta remisión obedece al reconocimiento del principio de la normatividad de los actos jurídicos, corolario indefectible del postulado de la autonomía de la voluntad, según el cual las manifestaciones de voluntad de los contratantes se transforman en ineludibles normas jurídicas, las que incluyen el sello de obligatoriedad de sus propios actos…"[11]

Según el citado profesor TAFUR GALVIS,[12] la tramitación dispendiosa de los contratos del Estado caracterizada por requisitos y controles propios del Derecho Público, además teniendo en cuenta que generalmente a estas condiciones se atribuyen las preocupantes cifras de corrupción administrativa, es sustituida por la agilidad y flexibilidad de los contratos privados, partiendo del supuesto, del cual respetablemente disentimos[13], que en donde se aplica el Derecho Público el

[11] Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.
[12] TAFUR GALVIS, Álvaro. Ibídem, página 114
[13] Al respecto, cabe señalar que según la tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas realizada por Transparencia por Colombia y la Universidad Externado de Colombia, correspondiente al año 2012, el 94% del empresariado entrevistado (un 1% más que en la Segunda Encuesta aplicada en el 2010) percibe que "hay empresarios que ofrecen sobornos dentro del giro de sus negocios", cifra ésta que alerta sobre la ocurrencia de este fenómeno en el sector privado. Este documento se puede consultar en el la página WEB de la Corporación Trasparencia por Colombia: http://www.transparenciacolombia.org.co
En este sentido, el legislador mediante la Ley 1474 de 2011 o generalmente conocido como el Nuevo Estatuto Anticorrupción, consagró nuevos tipos penales en el ámbito de sector privado.
"…D. Se consagran nuevas conductas punibles relacionadas con la corrupción en el sector privado, es decir, los eventos en los cuales la desviación de intereses mediante el abuso del cargo se presenta en relaciones entre particulares.
En este sentido, se consagra como nuevo tipo penal la corrupción privada y seguidamente el delito de administración desleal. El modelo para la consagración de estos delitos es la legislación española, pues en la misma se ha consagrado tradicionalmente el delito de administración desleal desde el Código Penal de 1995, mientras que el delito de corrupción privada está tipificado en la Ley Orgánica 010 de 2010 que reformó la legislación punitiva de ese país…" Exposición de motivos Ley 1474 de 2011. Gaceta del Congreso No. 607 de 2010. "Proyecto de ley número 142

Estado se vuelve paquidérmico, constituyéndose además en el escenario propicio para que se presenten problemas de corrupción. En este sentido, se debe tener en cuenta que este flagelo no solamente involucra al sector público, sino que también incluye a la empresa privada, recordando a propósito aquella frase célebre: "tan culpable es quien peca por la paga como quien paga por pecar"[14]

Siguiendo la opinión del profesor TAFUR GALVIS, el profesor VIDAL PERDOMO[15] considera que el citado artículo 13 de la Ley 80 de 1993 constituye una manifestación abrupta del fenómeno de la huida.[16]

1.3 Regímenes exceptuados de la aplicación del Estatuto Contractual

Como se señaló previamente, la segunda manifestación concreta de este fenómeno la constituye la aplicación, como regla general, del Derecho Privado a algunas entidades públicas. Ello configura la existencia de regímenes jurídicos especiales que excluyen la aplicación de las normas especiales contenidas en la Ley 80 de 1993 y en razón de ello se rigen por normas civiles y mercantiles.

Al respecto, el profesor VIDAL PERDOMO[17] señala que la existencia de entidades sujetas a regímenes especiales, cual es el caso de las Empresas Sociales de Salud del Estado, las Empresas Oficiales y Mixtas de Servicios Públicos Domiciliarios, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, constituye una de las diversas manifestaciones en el plano jurídico del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado.

2. RÉGIMEN AMBIVALENTE DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1 La dualidad: Los Contratos Administrativos y los Contratos de Derecho Privado de la Administración

La primera manifestación de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado arriba señalada, tiene su referente histórico principal en la dicotomía: Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración.

---

de 2010 Senado, 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"

[14] Hernández Gamarra, Antonio. Editorial "Para enfrentar la corrupción". Revista Economía colombiana. Edición 307. Contraloría General de la República. 2005, página 4.

[15] VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. Legis, Bogotá, 2008. Página 10

[16] Así mismo, este autor ha señalado que esta normativa es el reflejo de un gobierno en cabeza de un economista que puso en primer plano el problema de la globalización, promoviendo reformas institucionales para introducir la apertura económica. En: VIDAL PERDOMO, Jaime. Los contratos de la administración pública colombiana: experiencias de derecho público y de derecho privado, Bogotá. Citado por PEDRO ANTONIO LAMPREA RODRÍGUEZ. Contratos Estatales. Temis 2007. Página 92

[17] Ídem

Inicialmente, se discutió la posibilidad de celebrar contratos por parte de la Administración, es decir, se examinó la eventualidad de que la Administración celebrara actos jurídicos de la misma forma en que lo hacían los particulares.

Para un grupo de autores, la Administración siempre actúa de manera unilateral por lo que no podrían existir contratos en la actividad administrativa, ni en su denominación de contratos administrativos, ni tampoco en los llamados contratos de Derecho Privado de la Administración. Como un exponente de este sector doctrinal se encuentra D'Alessio[18] quien sostiene que la Administración tiene una personalidad única de Derecho Público, y sólo celebra actos unilaterales y no contratos.

En este mismo sentido, la doctrina alemana en cabeza de OTTO MAYER[19], sostuvo desde un principio que el Estado sólo manda unilateralmente. Ésta ha sido la posición también de la doctrina suiza e italiana.[20]

Otra tendencia, predominante en el derecho italiano (VITTA, ZANOBINI, PRESUTTI, RANELLETI, CAMMEO),[21] admitió la posibilidad de celebrar contratos pero de Derecho Privado y no de Derecho Administrativo, considerando igualmente que en el grupo anterior, que los actos administrativos son siempre de carácter unilateral.

La posición doctrinal más generalizada admitió que la Administración, además de dictar actos unilaterales, también podía celebrar contratos, tanto Administrativos como de Derecho Privado. Son partidarios de este criterio en el derecho francés (WALINE, BONNARD, ROLLAND); en la doctrina española (FERNANDEZ DE VELAZCO, ROYO VILLANOVA, GARCÍA OVIEDO); en la italiana (FORTI, RAGGI, CARNELUTTI); al igual que en latinoamericana (BIELSA, BRANDAO CAVALCANTI, FRAGA, LANCIS, VARAS CONTRERAS, PAREJA, PRATES DA FONSECA, GRECA).[22]

Ahora bien, admitida la posibilidad de celebrar contratos por parte de la Administración, surge otra discusión frente a dicha ambivalencia, nos referimos al derecho aplicable a cada cual y la jurisdicción competente para resolver los conflictos que en aquellos se originen.

---

[18] SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Cuarta Edición. Montevideo 1974. Página 531-533

[19] No obstante, con posterioridad FORSTHOFF redefinió esta posición señalando que: "…no es pertinente negar carta de naturaleza al contrato dentro del Derecho Administrativo, como alguna vez se ha hecho, pues de ese modo se haría un mal servicio a la ciencia jurídica, la cual no puede desconocer fenómenos jurídicos firmemente arraigados en el uso, si no se quiere perder todo contacto con la realidad del Derecho…" FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1958. Página 373

[20] GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, volumen II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1975. Página 32-29

[21] SAYAGUÉS LASO, Enrique. Ídem

[22] SAYAGUÉS LASO, Enrique. Ídem

La distinción de los dos tipos de contratos celebrados por la Administración, tienen su origen en la también dicotomía: actos de autoridad y actos de gestión, que significó la primera sistematización del Derecho Administrativo. Cuando expide los primeros, lo hace en ejercicio del ius imperium, y en los segundos, se despoja de esas prerrogativas situándose al nivel de los administrados. De este modo, los actos de autoridad se rigen por el Derecho Público siendo la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para resolver sus conflictos. Por su parte, los actos de gestión se rigen por el Derecho Privado y su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En este contexto, los contratos celebrados por la Administración Pública se ubicaban dentro de la categoría de actos de gestión, pues en estos se actuaba al mismo nivel de los particulares.[23]

Se resalta entonces que el origen de la clasificación de los contratos celebrados por la Administración se fundamentaba en razones formales y no sustantivas. Según el tratadista ESCOBAR GIL[24], siguiendo lo señalado por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA[25], la distinción obedece a razones históricas y políticas pues en la época se consideró conveniente, para materializar los fines de la Revolución Francesa, que unos contratos se excluyeran del control de la jurisdicción ordinaria para trasladarlos a la jurisdicción administrativa, y así no someterlos a jueces contrarios al ideario revolucionario. Estos contratos posteriormente fueron catalogados como administrativos, otorgándoseles una naturaleza esencialmente civil y un consecuente régimen jurídico de Derecho Privado.

Estos contratos administrativos de naturaleza civil fueron incorporando circunstancias excepcionales regidas por el Derecho Público, pero en sentido estricto aún no existía una teoría sustantivadora del contrato administrativo, entendida ésta como la existencia de unos elementos materiales que permitieran clasificar un contrato como administrativo y por ende aplicar el régimen de Derecho Público correspondiente, y establecer el conocimiento de sus eventuales conflictos a la jurisdicción contencioso administrativa.[26]

La construcción sustantiva del contrato administrativo sólo aparece con el advenimiento de la denominada teoría del servicio público. Se supera entonces el criterio estructural de los actos de autoridad y de los actos de gestión por el criterio material del servicio público. Esta sistematización del Derecho Administrativo, tuvo su cuna doctrinal en la Escuela de Burdeos, cuyos máximos representantes fueron GEZE y DUGUIT, y fue materializada por la jurisprudencia del Consejo de Estado

[23] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, T.: Curso de Derecho Administrativo, T. I, Thomson Civitas, Madrid, octava edición, 1997. Página 675-676

[24] ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Reimpresión 2003. Página 36

[25] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La figura del Contrato Administrativo. Madrid. Revista de Administración Pública N° 411. Instituto de Estudios Políticos, mayo agosto de 1963, páginas 110 y ss. Citado por ESCOBAR GIL, Rodrigo. Ídem

[26] ESCOBAR GIL, Rodrigo. Ibídem, página 37

francés, con el *arret terrier* de 6 de febrero de 1903, según el cual "todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya lo haga por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa."[27]

La intención de esta construcción teórica era clara desde un principio: Establecer una diferenciación de contratos celebrados por la Administración con la consecuente aplicación del Derecho Público o Privado según el caso, y del mismo modo el conocimiento de sus conflictos por la jurisdicción contencioso administrativa o la jurisdicción ordinaria. Por ello, resulta de vital importancia, para la interpretación, validez y ejecución del contrato, determinar la naturaleza del contrato de que se trate.[28]

2.2 Criterios para diferenciar los Contratos Administrativos de los Contratos de Derecho Privado

A partir de la introducción del denominado criterio del servicio público, la doctrina y jurisprudencia francesa establecieron otros elementos para caracterizar el contrato administrativo pretendiendo darle una identidad que permitiera diferenciarlo del contrato de Derecho Privado celebrado por la Administración.

Para efectos de sintetizar estos criterios, seguimos la muy útil esquemática planteada por el profesor argentino MIGUEL ANGEL BERCAITZ.[29]

2.2.1 Criterio Subjetivo

Son aquellos en los cuales es parte el Estado obrando como poder público. Para este tratadista esta teoría no es más que una secuela de la división bipartita de los actos administrativos, en actos de autoridad y actos de gestión.[30]

Esta teoría fue revaluada con los denominados actos mixtos de autoridad y gestión pública, cuando surgió el siguiente interrogante: ¿cómo saber cuándo la Administración Pública actúa como poder público? Para dar respuesta a ello, resultó naturalmente necesario acudir a otros criterios diferenciadores[31].

---

[27] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, T.: Ibídem, Página 677

[28] VEDEL, George. Derecho Administrativo. Biblioteca Jurídica Aguilar Página 188

[29] BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Ediciones de Palma, Buenos Aires 1980

[30] Ibídem, página 191

[31] Idem

2.2.2 Criterio de la jurisdicción

Son aquellos los cuales su conocimiento compete a la jurisdicción administrativa, en virtud de la voluntad del legislador, de la voluntad de las partes o por decisión de la propia jurisdicción. Para el autor, éste criterio carece de toda base jurídica.[32]

2.2.3 Criterio Formal

De acuerdo con este criterio, lo que se tiene en cuenta para diferenciar un contrato u otro es el procedimiento empleado por la Administración para su celebración.[33]

Contrario sensu, este autor considera que la caracterización jurídica de un contrato sólo resulta del fondo mismo del contrato, de su sustancia, de su esencia.[34]

2.2.4 El criterio del servicio público

En su explicación, BERCAITZ trae a colación lo expuesto por uno de los exponentes de la llamada Doctrina del Servicio Público, el jurista bordelés LEÓN DUGUIT[35]: "…Si hay contratos que dan lugar a la competencia de los tribunales administrativos, eso no puede ser más que en razón del fin en vista del cual ellos son hechos. Hay algo análogo a lo que pasa con los contratos comerciales. En cuanto al fondo, no hay diferencia entre un contrato civil y un contrato comercial. Lo que hace comercial el contrato y funda la competencia de los tribunales de comercio, es el fin comercial en vista del cual es hecho. No hay diferencia en cuanto al fondo entre un contrato civil y un contrato administrativo. Lo que da a un contrato carácter administrativo y funda la competencia de los tribunales administrativos, es el fin del servicio público en vista del cual es hecho..."

Este criterio fue criticado entre otras razones, tal y como lo hace BERCAITZ[36], porque existen contratos administrativos que no aseguran el funcionamiento o la prestación de servicios públicos o viceversa. Concluye que este criterio tampoco es suficiente para calificar los contratos celebrados por la Administración.

2.2.5 Criterio del fin de utilidad pública

Superada esta teoría, algunos autores consideraron que lo determinante en un contrato administrativo era la prestación de utilidad pública. Para BERCAITZ[37], tampoco éste es el criterio acertado pues existen contratos administrativos que

[32] Ibídem páginas 191 y 192
[33] Ídem página 191
[34] Ibídem página 194
[35] Citado por BERCAITZ, Miguel Ángel. Ibídem, página 197
[36] Ibídem páginas 201-204
[37] Ibídem páginas 206-207

persiguen un fin público y no de utilidad pública, incluso hay otros que lo son y no persiguen ni el fin público ni la utilidad pública.

2.2.6 Teoría de la cláusula exorbitante

Debido a la insuficiencia de los criterios adoptados hasta el momento, los franceses se han inclinado por la denominada Teoría de la Cláusula Exorbitante del Derecho Privado. La diferencia entonces estriba en que los contratos administrativos contienen cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, que indican la existencia y aplicación de un régimen jurídico especial de Derecho Público.

Para este autor, la cláusula no es el criterio que siempre caracteriza al contrato como administrativo, pues su incorporación puede convertir un contrato de Derecho Privado en uno de Derecho Público pero nunca lo contrario.[38]

En resumen, según la tradición jurídica francesa nos encontramos frente a un contrato administrativo cuando se relaciona con el servicio público o cuando incluye potestades exorbitantes, presentándose una primacía del primero, ampliando, por una parte, el ámbito de los contratos administrativos, y por la otra, reduciéndose el ámbito de los contratos de Derecho Privado de la Administración.[39]

2.3 Consecuentes definiciones de Contrato Administrativo

Para una mayor ilustración y comprensión del tema, se traen a colación diferentes definiciones del contrato administrativo que materializan y aplican paralelamente los criterios arriba señalados:

Para GASTÓN JÉZE[40], los contratos administrativos propiamente dichos son aquellos celebrados por la Administración "…para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y sometidos a reglas especiales…" (criterios: subjetivo - servicio público)

Para BIELSA[41]: "…es el que celebra la Administración Pública con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública…" (criterios: subjetivo - utilidad pública)

Para MARIENHOFF[42]: "…el contrato administrativo es el acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de

[38] Ibídem páginas 215 y 216

[39] PARADA, Ramón, Derecho Administrativo. Tomo I, Parte General. Decimoséptima Edición. Marcial Pons Ediciones S.A Jurídicas, Madrid 2008. Página 303

[40] JEZE, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo IV. Teoría General de los Contratos de la Administración. Editorial Depalma, Buenos aires 1950. Página 5.

[41] Citado por RAMÍREZ, Juan Carlos. El Contrato Administrativo. Evolución histórica. Monografías jurídicas No. 71. TEMIS 1990. Página 43

las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas…" (criterios: subjetivo - utilidad pública)

Para CASSAGNE[43]: "… contrato administrativo es todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado, susceptible de producir efectos con relación a terceros…" (criterios: subjetivo – cláusulas exorbitantes)

Para ESCOLA[44]: "…los contratos administrativos son aquellos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público, y en los cuales por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Privado que coloquen al cocontratante de la Administración Pública en una situación de subordinación respecto de ésta…" (criterios: subjetivo - servicio público – cláusulas exorbitantes)

Para BERCAITZ[45]: "…los contratos administrativos son, por su naturaleza, aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de Derecho Público, exorbitantes del Derecho Privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica. También, son contratos administrativos, aun cuando no por su naturaleza, aquellos que el legislador ha sometido a reglas de Derecho Público, exorbitantes del Derecho Privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público, ni afectar su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva…" (criterios: subjetivo - servicio público – utilidad pública - cláusulas exorbitantes)

Finalmente, para DROMI[46]: "…es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa…"

2.4 Sectores de la doctrina que se oponen a la diferenciación

Es innegable la confusión e indeterminación que existió desde sus inicios en la construcción de una categoría jurídica de contrato administrativo que permitiera aproximar un concepto sustantivador unificado, lo cual provocó una reacción por

---

[42] MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III A. Contratos Administrativos. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970. Página 34

[43]Ibídem páginas 244 y 245

[44]ESCOLA, Héctor Jorge. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989. Página 161

[45]BERCAITZ, Miguel Ángel. Ibídem, páginas 245 y 246

[46]DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Séptima edición. Ediciones Ciudad Argentina. 1998. Página 345

parte de la doctrina, y en consecuencia, una crisis de la intención original que buscaba esta teoría: separar la aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado según el contrato que se tratase.

En este sentido, SAYAGUÉS LASO[47] considera que la división aludida no se ajusta a la realidad, pues es muy difícil establecer los límites de aplicación de un derecho u otro. Resulta muy poco probable que existan contratos administrativos regulados exclusivamente por el Derecho Público, o por el contrario, contratos privados regulados únicamente por normas de Derecho Civil y Comercial.

La realidad lo que sí muestra es que los contratos celebrados por la Administración se rigen con mayor o menor intensidad por el Derecho Público y por el Derecho Privado. De ahí que existan autores que sugieran eliminar las dos categorías y dejar sólo los denominados contratos de la Administración.[48]

Se ha venido formando entonces el criterio de la noción unitaria de los contratos de la Administración, de la cual han sido abanderados GARCÍA DE ENTERRÍA, ALBI, BALLBE Y MONEDERO GIL, que niegan singularidad, sustantividad y exorbitancia al contrato administrativo, para el último de los cuales "Es más importante lo que une a los distintos tipos de contratos del Estado entre sí, que lo que los separa. El tronco común está constituido por la índole de los sujetos intervinientes, por la utilidad de la técnica amplia del contrato en las relaciones jurídico-administrativas, por las formalidades esenciales que deben cumplir en todo caso la formación y manifestación del consentimiento del órgano y, por encima de todo, por la incidencia del interés público personificado por la administración en el por qué y para qué del negocio".[49]

Para el tratadista PAREJO ALFONSO,[50] estamos ante la denominada "crisis de la concepción del contrato administrativo", pues está generalizada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la convicción de que, sustancialmente, el contrato administrativo no es figura autónoma y diferente del contrato civil. Del mismo modo, se debe decir que los actos preparatorios del contrato de Derecho Privado de la Administración se encuentran regulados por el Derecho Público. Lo que existe pues, es una convivencia normal entre los dos regímenes jurídicos.

Siguiendo esta tendencia doctrinaria, el profesor venezolano ALLAN BREWER CARÍAS[51], considera que en realidad toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativa, por lo que no hay contratos privados

---

[47] SAYAGUÉS LASO, Enrique. Ibídem, páginas 536-538

[48] Ídem

[49] RODRÍGUEZ GUSTAVO Humberto, Nuevos Contratos Estatales. Primera Edición 1994. Librería Jurídicas Wilches. Página 28

[50] PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO A., ORTEGA ÁLVAREZ, L. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Arial Derecho. Páginas 515 y 516

[51] BREWER CARIAS, Alan. La evolución del concepto de contrato administrativo. Conferencia dictada el 26 de julio de 1978 en el Curso Internacional sobre "El Derecho Administrativo en Latinoamérica". Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, Colombia.

de la administración. Todos los contratos celebrados por la Administración tienen un régimen mixto de Derecho Público y Derecho Privado, siendo preponderante uno sobre otro dependiendo de la finalidad perseguida por la Administración en el caso específico, quedando la distinción tradicional superada.

Esta posición, por ejemplo, es compartida por el también tratadista venezolano JESÚS CABALLERO ORTÍZ[52], quien considera que resulta necesario excluir la figura del contrato administrativo de la legislación pues al aplicar el criterio del servicios público se está llegando a la conclusión equivocada, en detrimento de la seguridad jurídica, de asimilar los contratos administrativos a contratos de la Administración.

Otros, como el profesor argentino HÉCTOR MAIRAL[53], formulan críticas puntuales a la teoría del contrato administrativo. La primera apunta a que dicha categoría, adolece de una gran imprecisión conceptual, por lo que propone, en cambio, que la categoría de los contratos administrativos sea definida por el ordenamiento jurídico mediante una enumeración de los mismos. En segundo lugar; se argumenta que la adopción de una categoría conceptualmente definible haría extensible su aplicación a todos los entes que se circunscribirían en esa categoría incluyendo aquellos que gozan de un régimen especial.

Con todo, existen sectores de la doctrina, como el caso del profesor español GASPAR ARIÑO[54], quienes insisten en esta distinción teórica, sugiriendo su reconstrucción sobre nuevas bases, sin que ello signifique un ingenioso prurito de autonomía, sino que es fruto de la necesidad de una sustantividad que no se puede reducir al esquema contractual del Derecho Privado.

2.5 La incorporación del debate en Colombia

Para examinar la introducción del debate sobre la dicotomía de los contratos celebrados por la Administración en nuestro país, previamente se hará referencia a la correspondiente aplicación de normas generales sobre contratación pública.

2.5.1 La normas sobre contratación administrativa en nuestro país

Si bien es cierto que desde la Ley 53 de 1909 se incorporaron temas como la cláusula penal pecuniaria y la declaratoria de caducidad como consecuencia del incumplimiento imputable al contratista, en Colombia existen normas sobre

---

[52] CABALLERO ORTÍZ, Jesús. ¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación? En: El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan Brewer Carias. Tomo II Tercera Parte. Páginas 1777 y 1778

[53] MAIRAL, Héctor A. "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas", en GORDILLO, Agustín A (dir). El contrato administrativo en la actualidad, La Ley, Buenos Aires, 2004, citado por CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. Tercera edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Páginas 10 y 11

[54] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El régimen de la contratación pública en derecho europeo. En "Reforma al régimen de contratación estatal". Universidad de los Andes. 2010, páginas 150 y 151

contratación pública como un conjunto específico, estructurado y organizado de normas, sólo a partir de los Decretos Leyes 1670 de 1975 y 150 de 1976.[55]

De manera esquemática, el profesor DIEGO YOUNES MORENO[56] describe la evolución normativa de la contratación estatal en varias épocas. Una primera, que inicia con la expedición de la Constitución de 1886 y va hasta la expedición del Decreto 528 de 1964; una segunda, que se extiende hasta la expedición del Decreto Ley 150 de 1976; una tercera, que se extiende hasta la expedición de la Ley 19 de 1982; una cuarta, que se extiende hasta la expedición el Decreto Ley 222 de 1983 y sus respectivas reglamentaciones; y una quinta, que se inició con la expedición de la Ley 80 de 1993.

A ésta esquematización que presenta YOUNES MORENO, habría que agregarle una sexta época que inició con la expedición de la Ley 1150 de 2007[57] con sus respectivas reglamentaciones, y ha continuado con la expedición de la Ley 1474 de 2011 conocida como el nuevo Estatuto Anticorrupción[58] y el Decreto Ley 019 de 2012 también conocido como el nuevo Estatuto Antitrámites[59], con sus reglamentaciones correspondientes, las cuales se precisaron y compilaron a través del Decreto 734 de 2012[60], recientemente derogado por el Decreto 1510 de 2013[61]. Esta etapa se encuentra en pleno desarrollo entonces.

2.5.2 La dualidad contractual de la Administración en nuestro ordenamiento jurídico

A juicio del profesor POLO FIGUEROA[62], sólo hasta que el Decreto 528 de 1964 incorporó de manera expresa a los denominados contratos administrativos (arts. 30 y 32), realmente surgió la distinción entre los contratos celebrados por la Administración para efectos de escoger la jurisdicción aplicable. Esto en razón a que, si bien es cierto con anterioridad a la expedición de este decreto se incluyeron en leyes temas como la cláusula de caducidad (Ley 53 de 1909 y 10 de 1912) o como la licitación pública en los contratos de adquisición de materiales

[55] PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La Contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, 2010. Página 22

[56] YOUNES MORENO, Diego. Curso de Derecho Administrativo. Séptima edición. Temis. Páginas 157-159

[57] Ley 1150 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".

[58] Ley 1474 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".

[59] Decreto 19 de 2012. "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública"

[60] Decreto 734 de 2012. "Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones".

[61] Decreto 1510 de 2013 "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública"

[62] POLO FIGUEROA, Juan Alberto. Elementos de Derecho Administrativo. Universidad Sergio Arboleda. Páginas 284 y 285.

(Ley 61 de 1921), los contratos generalmente celebrados por la Administración se regían por el Derecho Privado y le correspondía a la Jurisdicción Ordinaria la competencia para conocer los conflictos que se derivaran de aquellos.

Cabe resaltar que el profesor TAFUR GALVIS[63] pone de presente que previamente a la expedición del Decreto 528 de 1964, la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 1935 y 1938 ya aceptaba la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración fundamentándose en la aplicación del mencionado criterio del servicio público.

2.5.3 Evolución normativa

Veamos cronológicamente el contenido de las disposiciones normativas pertinentes.

2.5.3.1 Decreto 528 de 1964

Tal y como lo señalamos anteriormente, este decreto se refiere, por primera vez, a los contratos administrativos.[64]

---

[63] TAFUR GALVIS, Álvaro. Estudios de Derecho Público. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1997. Página 339

[64] Decreto 528 de 1964. ARTÍCULO 30. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que le señalan la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman conoce:
1o. En única instancia:
a. De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos;…
ARTICULO 32. Los Tribunales Administrativos conocen:
1o. En única instancia:
a. De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos.
b. De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por los Departamentos, los Municipios, las Intendencias, las Comisarías y los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos…
2o. En primera instancia:
a. De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controviertan actos del orden nacional y cuya cuantía sea inferior a cincuenta mil pesos.
b. De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, cuando la cuantía de la acción sea o exceda de cincuenta mil pesos y en las cuales se controviertan actos del orden departamental, intendencial, comisarial o municipal.
c. De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos sin llegar a cien mil.

2.5.3.2 Decreto Ley 150 de 1976

Esta norma aunque no diferenció expresamente los contratos administrativos y los de derecho privado, contiene importantes disposiciones que constituyen el antecedente más cercano a la clasificación de contratos administrativos que introdujo el Decreto Ley 222 de 1983, pues estableció que las normas de dicho decreto sólo eran aplicables a los contratos que enunció taxativamente en su artículo 57, veamos:

"…ARTICULO 67. DE LAS CLASES DE CONTRATOS. Según el objeto para el cual se celebren, los contratos pueden ser de obras públicas, de suministros, de compraventa o permuta de inmuebles, de arrendamiento, de prestación de servicios, de venta de bienes muebles, de donación y para la recuperación de bienes ocultos.
Las normas del presente estatuto sólo son aplicables a los contratos señalados en el inciso anterior; las demás clases de contratos, continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos…"

2.5.3.3 Ley 19 de 1982

Nuestro ordenamiento jurídico inicialmente optó, para caracterizar el contrato administrativo, por clasificarlos. Esta Ley estableció en su artículo 1º lo siguiente:

"…Artículo 1º. Son contratos administrativos además de los que se señalen en ejercicio de las facultades que se otorgan por la presente Ley, los de obras públicas, los de prestación de servicios, los de concesión de servicios públicos, los de explotación de bienes del Estado, y los de suministros.
Se denominan de obras públicas los contratos que se celebren para la ejecución de obras; de concesión de servicios públicos aquellos mediante los cuales se encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un determinado servicio; de suministros, los contratos que comprenden la adquisición de bienes muebles por la administración en forma sucesiva y por precios unitarios; de prestación de servicios los regulados bajo esa denominación en el Decreto Ley 150 de 1976.
PARÁGRAFO. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia…"

2.5.3.4 Decreto Ley 222 de 1983

Atendiendo las facultades que otorgó la Ley 19 de 1982, el Gobierno expidió este decreto a través del cual confirmó y amplió la clasificación de los contratos administrativos, y verdaderamente, pretendió diferenciarlos de los contratos de Derecho Privado al establecer la jurisdicción competente para unos y otros. El tenor literal de los correspondientes artículos es el siguiente:

---

d. De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por los Departamentos, los Municipios, las Intendencias, las Comisarias o los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos…

"…ARTICULO 16. DE LA CLASIFICACION Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS - Son contratos administrativos:
1. Los de concesión de servicios públicos.
2. Los de obras públicas.
3. Los de prestación de servicios.
4. Los de suministros.
5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos.
6. Los de explotación de bienes del Estado.
7. Los de empréstito.
8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE.
9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y
10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.
Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.
PARAGRAFO. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia
ARTICULO 17. DE LA JURISDICCION COMPETENTE. La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria.
PARÁGRAFO. No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.
Igualmente, en los contratos de derecho privado de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa…"

Sin embargo, frente al intento de definición de la citada Ley 19 de 1982 y del Decreto-ley 222 de 1983, existieron reparos a su integridad. Por ejemplo, siguiendo al profesor DUSSÁN HITSCHERICH[65], el artículo 61[66] del decreto, al incorporar el criterio de la cláusula exorbitante estableciendo la obligatoriedad de pactar la caducidad en la mayoría de los contratos, dispuso una regla que hacía inútil cualquier esfuerzo por diferenciar ambas clases de contratos, pues los principios propios de los contratos administrativos se terminaron aplicando a los

[65] DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. Elementos del Contrato Estatal. Colección Estudios de derecho. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Páginas 32 y 33
[66] Decreto Ley 222 de 1983. ARTÍCULO 61. DE LA OBLIGACIÓN DE PACTAR LA CADUCIDAD. La caducidad será de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o de empréstito. No será obligatoria en los contratos interadministrativos.
En la cláusula respectiva deberán señalarse claramente los motivos que den lugar a la declaratoria de caducidad.

contratos de Derecho Privado de la Administración sobre los cuales se pactaba esta cláusula exorbitante.

En el mismo sentido, SALGUERO BUSTO[67] consideró un equívoco que este decreto ley dispusiera que fuera de los contratos enumerados en el artículo 16 los demás serían de Derecho Privado, porque existen otros tipos de contratos administrativos señalados por el mismo decreto ley pero no incluidos en esa lista que no podrían regirse por las normas propias de la contratación privada, y de la misma forma, existen contratos puramente privados que tampoco figuran en dicho decreto ley. En suma, esta normatividad se ocupó en la clasificación de los contratos administrativos pero no en la definición del concepto.[68]

2.5.3.5 Ley 80 de 1993

Esta norma pretendió superar la dicotomía de los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado de la Administración, unificándolos en la categoría de "*contrato estatal"*. El criterio determinante acogido fue la presencia de la Administración en la celebración del contrato.[69]

La reacción de esta ley frente a la teoría tradicional se aprecia claramente en su exposición de motivos:

"…Si bien la doctrina y la jurisprudencia fueron prolijas en la sustentación de criterios diferenciadores del "contrato administrativo" de la administración, la realidad ha mostrado enorme dificultad cuando se ha pretendido hacer la distinción.
El propio 222 de 1983 no adoptó un solo criterio. Por el contrario, acogió varios criterios y quizá contradictorios. En efecto, su artículo primero al preceptuar que son administrativos los contratos que celebren la Nación y los establecimientos públicos, adopta un criterio orgánico. El mismo artículo indica que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en tanto celebren los contratos de empréstito y de obras públicas se les aplican las disposiciones del mencionado decreto, es decir, son contratos administrativos. Con esta inclusión sigue un criterio legal.
Como si lo anterior no fuera poco [sic], el propio estatuto estableció la obligatoriedad de la cláusula de caducidad para los contratos distintos del de compraventa de bienes muebles, del de donación y del de empréstito. Con ello la diferencia anunciada prácticamente se vuelve inexistente. Aún más, el artículo 34 del decreto 3130 de 1968 confirió facultad para incluir a discreción la cláusula de caducidad en los contratos llamados de derecho privado de la administración, con lo cual se altera la naturaleza del contrato. Entonces se agrega un criterio marcadamente subjetivo.

---

[67] SALGUERO BUSTO, Gonzalo. Contratos Administrativos. Doctrina, jurisprudencia e interpretación de la Contratación Administrativa. Octava edición. Página 76
[68] Ibídem, página 80
[69] Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación…"

De modo que puede sostenerse que el criterio diferenciador que el propio legislador ha escogido es multiforme, ya que, según la persona que lo celebra, a veces en razón del propio contrato, o de la cláusula de caducidad y otras según la voluntad del servidor público de turno, el contrato será administrativo o de derecho privado de la administración. De lo anterior se puede concluir que, por lo menos entre nosotros, la distinción entre las dos categorías contractuales no ha sido clara. Por el contrario, es motivo de permanente discusión y propiciadora de no pocos conflictos en razón de las consecuencias que la propia ley hace derivar en uno y otro evento. Ahora bien, si a todo ello agregamos la relación indudablemente existente, entre el contrato que celebra el Estado y el interés público, tendremos que concluir que todos los contratos que celebren los órganos del Estado se pueden agrupar en una única categoría: los contratos estatales, regulados y regidos, como se anotó, por la autonomía de la voluntad como principio rector y por las normas que tutelan el interés colectivo…"[70]

Existe un sector doctrinal mayoritario, que defiende el avance de esta ley, del cual hace parte el profesor BETANCOURT JARAMILLO[71], quien considera que con el concepto de contrato estatal se colmó un anhelo expuesto por algunos autores, que propugnaban por la celebración de un solo tipo de contratos de la Administración sometidos a un mismo régimen legal y a un mismo juez especializado, el administrativo, quedando así la tradicional distinción teórica en el campo de la mera especulación.

Así mismo, el profesor ESCOBAR GIL[72] considera que la expedición de la Ley 80 de 1993 marca otra etapa en la evolución jurídica del contrato estatal, en la que el legislador eliminó la falsa, fracasada y sin fundamento científico, teoría de los contratos administrativos y de derecho privado de la Administración, consagrando la teoría de la unidad de los contratos de la Administración Pública. No quiere decir esto que el contrato estatal sea independiente a la institución tradicional del Derecho Privado. Lo que acontece es que en razón de las finalidades trascendentales que busca la Administración, la doctrina general del contrato en el Derecho Privado se transforma especialmente para ser aplicada en el Derecho Administrativo.

Existen entonces aspectos generales de los contratos estatales que ya han sido tratados y desarrollados por el Derecho Privado, pero también es cierto que existen aspectos particulares que ameritan un tratamiento normativo especial como lo son: i) La competencia y los procedimientos de celebración y formalización del contrato; ii) El otorgamiento de privilegios y potestades públicas a la Administración, y finalmente iii) La equivalencia económica de las prestaciones recíprocas.[73]

---

[70] Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

[71] BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Seña Editores. Séptima edición. 2009. Páginas 572-573.

[72] ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Reimpresión 2003. Página 48

[73] Ibídem, página 57

Sin embargo, otro grupo de doctrinantes que no están de acuerdo con la unificación de la categorización de contrato estatal, insisten en la distinción tradicional de la teoría francesa.

En este sector encontramos al profesor VIDAL PERDOMO,[74] quien considera que la impresión que dejó la Ley 80 de 1993 de una marcada tendencia hacia el Derecho Privado no es tan cierta, porque por encima de la única y exclusiva categoría de contratos estatales, siguen subsistiendo los tradicionales contratos administrativos, pues la suma de excepciones al Derecho Privado que existen demuestran un desarrollo del hemisferio del Derecho Público presuntamente desamparado.

En la misma línea de pensamiento se encuentra el profesor LIBARDO RODRÍGUEZ[75] quien sostiene que en virtud de la Ley 80 de 1993, los llamados contratos estatales se someten a un régimen jurídico mixto, con aplicación de normas del Derecho Privado y también de fuentes normativas Derecho Público, correspondiendo en ambos casos a la jurisdicción contencioso administrativa y la competencia judicial para resolver los litigios que se presenten. De este modo, los contratos estatales, entendidos éstos como los contratos que celebra la administración pública, se ubican dentro de los calificados tradicionalmente como contratos administrativos.

En el mismo sentido, el profesor PEDRO ANTONIO LAMPREA[76] señala que a diferencia de los estatutos anteriores, la Ley 80 al disponer que los contratos celebrados por las entidades estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias específicas reguladas por el Estatuto Contractual, deja incólume la teoría general del contrato, precisando por razones de interés público, las normas reguladoras en materia de unilateralidad y exorbitancia.

Esta ley al unificar el concepto de *contratos estatales*, radica exclusivamente en la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para el conocimiento de los litigios que se originen en aquellos[77]. Se supera entonces otro de los aspectos controversiales de la antigua distinción contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración. Al respecto, el Consejo de Estado señaló en su oportunidad:

"…En efecto, luego del Decreto ley 222 de 1983, se expidió la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que en su artículo 32 unificó los

---

[74] VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. Legis, Bogotá, 2008. Páginas 317 y 318

[75] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y Colombiano. Octava edición. Temis. Página 318

[76] LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos estatales. Temis 2007. Página 94

[77] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 75. DEL JUEZ COMPETENTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.

contratos celebrados por las entidades de la administración enlistadas en el artículo 2 ibídem sin hacer distinción alguna, bajo la denominación de contratos estatales y el artículo 75 de aquel estatuto, en concordancia con el artículo 87 del C.C.A. -que establece la acción de controversias contractuales-, asignaron a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento sobre las controversias originadas de los mismos.
Es decir, como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, y sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que aquí se estudia, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75…
…Incluso, se advierte que, posteriormente, la decisión sobre la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que surjan en los contratos celebrados por entidades estatales, está informada también por las normas procesales contenidas en los artículos 132 No. 5 y 134b No. 5 del Código Contencioso Administrativo, modificados por la Ley 446 de 1998, en conformidad con los cuales a esta Jurisdicción Contencioso Administrativa compete su juzgamiento por el solo hecho de ser una de sus partes una entidad estatal, entendiendo por tal aquellas determinadas con esa categoría por la Ley 489 de 1998.
Pero además, conviene precisar que la Ley 1107, promulgada el pasado 27 de diciembre de 2006, por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, ratifica la anterior conclusión…"[78]

En conclusión, esta norma unificó la denominación de las categorías contractuales de la administración en los llamados contratos estatales, pretendiendo superar el debate tradicional de la distinción de los contratos que celebra la Administración, fijando exclusivamente en la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para el conocimiento de los litigios que se originen en aquellos[79]. Sin embargo, esta normatividad introdujo otro asunto no menos problemático, cual es la aplicación del Derecho Privado como regla general a la actividad contractual de las entidades estatales, salvo en las materias particularmente reguladas por aquella[80].

[78] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 19001-23-31-000-1999-01067-02(24710)

[79] Cabe precisar que la competencia de la jurisdicción en este aspecto debe interpretarse armónicamente con las disposiciones generales del ordenamiento contencioso administrativo, como se estudiará seguidamente al analizar el efecto de la Ley 1437 de 2011 sobre este tema.

[80] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley…

2.5.3.6 Ley 1150 de 2007

Esta norma introdujo medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

Esta ley no modificó expresamente la categoría unitaria de contrato estatal consagrada en la Ley 80. Sin embargo, algunos autores como el profesor SANTOFIMIO GAMBOA[81], consideran que la Ley 1150 adoptó el criterio del recurso público a diferencia del orgánico propio de la Ley 80[82], siendo ambos de estirpe formalista y sin desarrollar una conceptualización material, por lo que nuestro ordenamiento jurídico necesita una verdadera construcción teórica sustantivadora del contrato estatal, así:

"…Entendemos entonces por contrato del Estado o estatal todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en él recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsible, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o contratar…"[83]

La denominación genérica de contratación con recursos públicos que consagra esta ley, permitió introducir un conjunto de normas obligatorias para los contratos que celebran las entidades que aplican regímenes excepcionales[84].

2.5.3.7 Ley 1437 de 2011

Si bien es cierto el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no modificó la categoría de contrato estatal, sí redefinió el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa[85], asunto que bien

---

[81] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general, sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Artículo publicado en la Revista de Derecho Administrativo. Director Juan Carlos Cassagne. No. 67. Enero – Marzo de 2009. Buenos Aires, Bogotá, México, Santiago. Abeledo-Perrot. Páginas 38

[82] Ley 1150 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."

[83] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general… Ibídem, página 44

[84] Ley 1150 de 2007. Título II. Disposiciones Generales para la contratación con recursos públicos. Artículos 12 y siguientes.

[85] "…2. Redefinición del objeto de la jurisdicción
Con el fin de afianzar el criterio de la especialización, el proyecto en el artículo 100 considera que, para la definición del objeto de la jurisdicción, es necesario acudir a un criterio material que hace

vale la pena comentar, para lo cual nos permitimos transcribir los correspondientes artículos:

Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.
Igualmente conocerá de los siguientes procesos:
1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.
2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.
3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.
4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.
5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.
6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.
7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.
Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.
Artículo 105. Excepciones.
La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:
1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores

---

que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca de actos, hechos, operaciones y omisiones relacionados con el ejercicio de la función administrativa.
Sin embargo, la dinámica de las actividades societarias hace que en ocasiones se tenga que acudir al criterio orgánico para que el administrado tenga claridad frente a aquellos temas en donde podrían presentarse controversias sobre la jurisdicción competente, como sucede en casos de responsabilidad extracontractual y contractual, cuyo conocimiento se asigna a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre que una de las partes del litigio sea una entidad pública…" Exposición de motivos Ley 1437 de 2011. Gaceta del Congreso 1173 de 2009. Proyecto de Ley 198 de 2009 Senado. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.
2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutiva de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado.
3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.
4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales.

En efecto, el artículo 104 establece como regla general la competencia de la jurisdicción contenciosa respecto de las controversias o litigios que se originen en los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo en los que sea parte una entidad pública, adoptando un criterio mixto (material y orgánico o subjetivo). No obstante en materia contractual, esta postura es precisada por el numeral 2° de este artículo, el cual señala que las controversias relativas a contratos celebrados por las entidades públicas son competencia de esta jurisdicción, independientemente del régimen jurídico aplicable al respectivo contrato, con lo cual entonces, el criterio que impera en este campo es el orgánico.

Sin embargo, al observar el numeral 3° del citado artículo 104 se aprecia que se excluyen expresamente de esta jurisdicción los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios que no incorporen o no deban incorporar cláusulas exorbitantes.

Así mismo, el numeral 1° del artículo 105 excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa las controversias que se susciten en torno a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.

En el fondo, estas disposiciones, si bien no consagran o reviven expresamente la dicotomía tradicional superada por la Ley 80 de 1993, sí tienen en consideración el efecto de dicha distinción, cual es, como ya se anotó anteriormente, la correspondiente diferenciación entre las jurisdicciones que conocen sus eventuales controversias, utilizando por ejemplo el criterio diferenciador de la incorporación de cláusulas exorbitantes propia de la otrora distinción. De ahí que se puedan presentar razonables confusiones en torno a la vigencia práctica de esta teoría.

3. LOS REGÍMENES EXCEPCIONALES

3.1 Regímenes excluidos de la aplicación de la Ley 80 de 1993

Bajo este panorama de aplicación de normas privatistas a la contratación estatal, se agrega el hecho de que existen paralelamente regímenes contractuales de entidades estatales a las cuales no se les aplica el Estatuto Contractual, establecidos en normas constitucionales y legales, incluso en normas que contiene la propia Ley 80 de 1993, constituyéndose esta circunstancia en otra manifestación del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado.

Siguiendo y complementando la clasificación realizada por el profesor PINO RICCI[86], estas excepciones se pueden agrupar de la siguiente manera:

3.1.1 Normas contenidas en el Estatuto Contractual (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011):

- Contratos de entidades de crédito, aseguradoras y demás entidades financieras de carácter estatal. Artículo 32, parágrafo 1, Ley 80 de 1993. Parágrafo modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007[87] "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".
- Contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones. Artículos 33[88] y 34[89] de la Ley 80 de 1993. Se debe tener en cuenta que la

[86] PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Páginas 26 - 68

[87] Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 15. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS. El parágrafo 1o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:
"Artículo 32.
(...)
"Parágrafo 1o. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.
En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley".

[88] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 33. DE LA CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS Y DE LAS ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES. Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados.
Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior.

Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, a través de su artículo 73, señaló que sin perjuicio del régimen de transición previsto en dicha Ley, quedan derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias y, entre ellas lo pertinente de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, exclusivamente en cuanto haga referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulte contraria a las normas y principios contenidos en la mencionada Ley.

- Contratos de concesión y licencias de los servicios postales. Artículo 37 de la Ley 80 de 1993[90]. Este artículo fue derogado por la Ley 1369 de 2009,

---

Para efectos de la presente Ley, la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones será la establecida en el Decreto-ley 1900 de 1990 o en las demás normas que lo aclaren, modifiquen o deroguen.

Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-ley 1900 de 1990 o en las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen.

Las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, serán los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

Parágrafo. Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia.

[89]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 34.DE LA CONCESIÓN DEL SERVICIO DE TELEFONÍA DE LARGA DISTANCIA NACIONAL E INTERNACIONAL. La concesión para la prestación de los servicios de telefonía básica fija conmutada de larga distancia nacional e internacional, se otorgará conforme a lo dispuesto por el Decreto 2122 de 1992.

[90]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 37.DEL RÉGIMEN DE CONCESIONES Y LICENCIAS DE LOS SERVICIOS POSTALES. Los servicios postales comprenden la prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada. Se entiende por servicio de correo la prestación de los servicios de giros postales y telegráficos, así como el recibo, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, transportados vía superficie y aéreos, dentro del territorio nacional. El servicio de correo internacional se prestará de acuerdo con los convenios y acuerdos internacionales suscritos con la Unión Postal Universal y los países miembros.

Se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal prestado con independencia a las redes postales oficiales del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección y entrega personalizada de los objetos transportados, vía superficie y aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.

El Gobierno Nacional reglamentará las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales. Igualmente fijará los derechos, tasas, y tarifas, que regularán las concesiones y licencias para la prestación de los servicios postales.

Parágrafo 1º. La prestación de los servicios de correos se concederá mediante contrato, a través del procedimiento de selección objetiva de que trata la presente Ley. La prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia.

"Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones". Esta nueva norma dispuso en su artículo 8°[91] que el régimen contractual de todos los Operadores Postales corresponde al Derecho Privado.

- Régimen especial para las entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones. Ley 80 de 1993, artículo 38[92]. Se debe tener en cuenta que la Ley 1341 de 2009 "Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones", a través de su artículo 73, señaló que sin perjuicio del régimen de transición previsto en dicha Ley, quedan derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias y, entre ellas lo pertinente de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, exclusivamente en cuanto haga referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulte contraria a las normas y principios contenidos en la mencionada Ley.
- Contratos sobre actividades relacionadas con la exploración, explotación, y comercialización de recursos naturales. Artículo 76 de la Ley 80 de 1993[93].

Parágrafo 2º. El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios postales, no podrá exceder de cinco (5) años, pero podrá ser prorrogado antes de su vencimiento por igual término.

[91]Ley 1369 de 2009. ARTÍCULO 8. RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LOS OPERADORES POSTALES. Todos los Operadores Postales tendrán el régimen contractual del Derecho Privado.

[92]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 38**.** DEL RÉGIMEN ESPECIAL PARA LAS ENTIDADES ESTATALES QUE PRESTAN EL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES. Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta Ley.

Los estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración.

Los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley.

[93]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 76.DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.

Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley.

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.

- Por disposición del artículo 14 de la Ley 1150 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”, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011[94] “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”, se establece la aplicación del Estatuto Contractual a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), salvo cuando estas entidades se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales. Así mismo, se extiende la excepción a la celebración de los contratos de ciencia y tecnología, que se rigen por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.
- Por disposición del artículo 16 de la Ley 1150 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”, los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC–, se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad.
- Por disposición del artículo 20 de la Ley 1150 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”, los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. También pueden someterse a los reglamentos de tales entidades los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho

[94]Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO.Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros. La norma en comento, también establece la prohibición a las entidades estatales de celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

- Por disposición del artículo 25 de la Ley 1150 de 2007[95]"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", en materia de selección de sociedades fiduciarias, se establece una excepción a la regla general de la licitación pública, al permitir que los excedentes de tesorería de las entidades estatales se puedan invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias.
- Por disposición del artículo 26 de la Ley 1150 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", el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –Fonade- **SÍ** se rige por las normas del Estatuto Contractual. **Sin embargo**, el artículo 276 de la Ley 1450 de 2010 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014", derogó esta norma, por lo que el régimen que se le aplica a esta entidad actualmente es del Derecho Privado.
- Finalmente, se debe resaltar que por disposición del artículo 24 de la Ley 1150 de 2007[96]"Por medio de la cual se introducen medidas para la

[95]Ley 1150 de 2007.ARTÍCULO 25. DE LA INVERSIÓN EN FONDOS COMUNES ORDINARIOS. El inciso 4o del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:
"Artículo 32. De los contratos estatales.
(…)
La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública."

[96]Ley 1150 de 2007.ARTÍCULO 24. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES. La contratación de las Corporaciones Autónomas Regionales incluida la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se someterá al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen.

eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos", las Corporaciones Autónomas Regionales **SÍ** se someten al Estatuto Contractual.

3.1.2 Normas anteriores al Estatuto Contractual vigentes por aplicación de la Constitución Política:

- Régimen de contratación de universidades públicas (art. 69 C.P).[97] Desarrollado por las Leyes 21 y 30 de 1992.
- Régimen contractual del Banco de la República (art. 371 C.P).[98] Desarrollado por la Ley 31 de 1992.
- Contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (art. 355 C.P)[99]. Este régimen fue desarrollado por los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993

3.1.3 Normas anteriores al Estatuto Contractual vigentes parcialmente:

- Decretos Leyes 393 de 1991[100]"Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de

[97]Constitución Política. ARTÍCULO 69.Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.
La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.
El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.
El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.

[98]Constitución Política. ARTÍCULO 371. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.
Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.
El Banco rendirá al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten.

[99]Constitución Política. ARTÍCULO 355.Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.
El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

[100]Decreto Ley 393 de 1991. ARTICULO 1. MODALIDADES DE ASOCIACION. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares, bajo dos modalidades:
1. Mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas, sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones.

investigación y creación de tecnologías" y 591 de 1991[101]"Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas". Estas normas se expidieron con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas mediante la Ley 29 de 1990 "Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias". Estos decretos regulan las modalidades de asociación para actividades científicas y tecnológicas[102] y los contratos para el fomento de ciencia y tecnología[103] respectivamente, figuras que se rigen por estas normas especiales.

Es menester señalar que el Estatuto Contractual consagró los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas como una causal de contratación directa[104], derogando a su vez casi en su totalidad el mencionado Decreto Ley 591 de 1991[105]. Por ello, el régimen especial que existía frente a los contratos regulados por este decreto fueron incorporados a la Ley 80 de 1993, extendiéndose para estos casos las exigencias generales del Estatuto Contractual a la modalidad contratación

---

2. Mediante la celebración de convenios especiales de cooperación.

[101]Decreto Ley 591 de 1991. ARTÍCULO 1. El presente decreto regula las modalidades específicas de contratos que celebren la Nación y sus entidades descentralizadas para el fomento de actividades científicas y tecnológicas.

[102]Decreto Ley 393 de 1991. ARTICULO 5. REGIMEN LEGAL APLICABLE. Las sociedades civiles y comerciales y las personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, que se creen u organicen o en las cuales se participe con base en la autorización de que tratan los artículos precedentes se regirán por las normas pertinentes del derecho privado.

…ARTICULO 7. REGLAS DEL CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACION. El convenio especial de cooperación está sometido a las siguientes reglas:

1. No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.
2. Se precisará la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos.
3. Se definirán las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asumen cada una de las partes.
4. El manejo de recursos aportados para la ejecución del convenio podrá efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración.
5. Estos convenios se regirán por las normas del derecho privado.

[103] Decreto Ley 591 de 1991. ARTÍCULO 3. *Los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas a que se refiere el artículo anterior, que celebren la Nación y sus entidades descentralizadas se regirán por las normas de derecho privado y por las especiales previstas en este decreto, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos.*

[104]Ley 1150 de 2007.ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

… 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

… e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

[105]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 81. DE LA DEROGATORIA Y DE LA VIGENCIA. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113; el Decreto ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2o., 8o., 9o., 17 y 19;…

directa[106] (vgr: el respeto de los principios de rigen la contratación estatal[107]) y particularmente, aquellas de la modalidad de selección contratación directa. (vgr: la elaboración de los correspondientes estudios previos[108] y del acto administrativo de justificación de la contratación directa[109])

Cabe precisar entonces que si bien es cierto se derogaron normas de este régimen excepcional, aún siguen vigentes otras como las referentes al régimen especial arriba señalado por el mencionado Decreto Ley 393 de

---

[106] En este sentido, el tratadista MOLANO LÓPEZ señala lo siguiente: *"Los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991, en cuyo ámbito se definen los propósitos del fomento para la ciencia y la tecnología, lo que ha de entenderse por actividades científicas y tecnológicas y se estructura el régimen de contratos enfocados a dichas actividades. Por su parte la Ley 80 de 1993 siendo posterior a las mencionadas disposiciones de 1990 y de 1991, produce modificaciones que afectan el régimen de contratación y la finalidad del mismo, mediante dos disposiciones a saber:*

1. A través del literal d) del numeral 1º de su artículo 24 consagra como modalidad de contratación directa, la de celebración de contratos que tuvieran por objeto el desarrollo <<directo>> de actividades científicas o tecnológicas, en una modalidad a la cual también se integraban los contratos para la prestación de servicios profesionales y los contratos que tuvieran por objeto trabajos artísticos que solamente pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas.

2. Mediante el artículo 81, dicha Ley 80 de 1993 derogó expresamente el Decreto 591 de 1991 con excepción de los artículos 2º, 8º, 9º, 17º y 19º.

En ese orden de ideas, debe precisarse que en el marco regulador de las actividades científicas y tecnológicas previstas en la Ley 29 de 1990, en el Decreto Legislativo 393 de 1991 y en las normas que quedaron vigentes del Decreto 591 del mismo año, las actuaciones de las entidades estatales están regidas, fundamentalmente, para lograr el fomento y promoción de actividades científicas y tecnológica (…) Quiere decir lo anterior que la aplicación de la causal de contratación directa que ahora nos ocupa, como excepción a la regla general de la licitación pública, como expresión de una causal concreta de contratación directa, ajena y distinta a las de selección abreviada y a las propias del concurso de méritos, solamente se puede aplicar en un contexto restrictivo que no admite aplicación analógica ni interpretación extensiva…" MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. "La nueva estructura de los procesos selectivos en la contratación estatal, análisis integral". Ediciones nueva jurídica, 2009, páginas 494 y 495.

[107] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

[108] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: …12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda…

[109] Decreto 1510 de 2013. ARTÍCULO 73. ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. La entidad estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

1. La causal que invoca para contratar directamente.
2. El objeto del contrato.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales a), b) y c) del artículo 75 del presente decreto.

1991, en cuanto a las modalidades de asociación para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías.

En conclusión, en esta materia existe un régimen mixto o subsidiario[110].

[110] Así lo ha precisado el Consejo de Estado: *"…2.1. Con el fin de promover y orientar el adelanto científico y tecnológico en Colombia, se expidió la Ley 29 de 1990 y, en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 11 de dicha ley, el Ejecutivo expidió el Decreto ley 393 de 1991, sobre la formas de asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías; el Decreto ley 591 de 1991, relacionado con las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas; y el Decreto ley 585 de 1991, que definió el sistema nacional de ciencia y tecnología.*
Posteriormente, la Constitución Política de 1991, introdujo una serie de disposiciones para impulsar y fomentar la investigación y el desarrollo en ciencia y tecnología (inc. 2 del art. 65; art. 67; inc. 3 del art. 69; inc. 2 del art. 70; art. 71), preceptos que encontraron perfecta armonía y adecuación para el logro de sus propósitos en las anteriores normas de rango legal.
Es decir, antes de la Constitución Política de 1991, existía ya un régimen jurídico básico y especial aplicable a los contratos de actividades científicas y tecnológicas, cuya vigencia, en lo esencial, luego fue respetada y conservada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993. En efecto, el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, si bien derogó expresamente buena parte del articulado del Decreto ley 591 de 1991, en el que se regulan las modalidades específicas de contratos para el fomento de actividades científicas y tecnológicas, exceptuó sus artículos 2, 8, 9, 17 y 19, lo cual significa que estas disposiciones mantienen o preservan su vigencia.
Igualmente, tampoco la Ley 80 de 1993 derogó el Decreto ley 393 de 1991, pues, como lo anotó la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de varias de sus disposiciones, mediante Sentencia C-316 del 19 de julio de 1995 y respaldar con ello también la vigencia de esta normativa, "…el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de convenios de cooperación; de ahí la razón por la cual la ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación…"
Además, obsérvese que el Decreto ley 591 de 1991 en las disposiciones que dejó vigentes la Ley 80 de 1993 respecto de las modalidades de negocios jurídicos en ciencia y tecnología (artículos 2, 8, 9, 17 y 19), no tendrían sentido y aplicación jurídica, sino fueran armonizadas con las materias conexas que disciplina el Decreto ley 393 de 1991, razón de más para señalar que no fue la intención del citado Estatuto General de Contratación el de derogarlo expresa o tácitamente.
En otros términos, los contratos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y tecnología se encuentran sujetos a la Ley 80 de 1993, en todo aquello que no esté expresamente regulado en las normas especiales del Decreto ley 591 de 1991 y del Decreto ley 393 de 1991, que mantuvo vigentes dicho Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-31-000-2000-13018-01(16653)
Al respecto ver también Circular Externa No. 6 de 27 de septiembre de 2013 expedida por la Directora General de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente - Dra. María Margarita Zuleta González

3.1.4 Normas posteriores al Estatuto Contractual que han establecido excepciones a su aplicación:

- Ley 98 de 1993 “Por medio de la cual se dictan normas sobre democratización y fomento del libro colombiano”. En virtud del artículo 33[111], los contratos para la edición e impresión de los medios de comunicación impresos deben llevarse a cabo con empresas editoriales e impresoras establecidas legalmente en Colombia, excepto aquellos contratos donde el Gobierno esté previamente comprometido con organismos internacionales a que la licitación para su compra sea también de carácter internacional o contratos celebrados con empresas de países con los cuales se hayan efectuado acuerdos de trato preferencial recíproco. También se excluyen aquellos contratos cuya ejecución sea técnicamente imposible llevarla a cabo en el país.
- Ley 99 de 1993. “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”. Esta Ley[112] crea

[111]Ley 98 de 1993. ARTÍCULO 33. Los contratos para la edición e impresión de los medios de comunicación impresos que celebre la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social, deberán llevarse a cabo con empresas editoriales e impresoras establecidas legalmente en Colombia. Sólo se exceptuarán aquellos contratos donde el Gobierno esté previamente comprometido con organismos internacionales a que la licitación para su compra sea también de carácter internacional o contratos celebrados con empresas de países con los cuales se hayan efectuado acuerdos de trato preferencial recíproco. También quedan excluidos aquellos contratos cuya ejecución sea técnicamente imposible llevarla a cabo en el país.

[112]Ley 99 de 1993. ARTÍCULO 19. DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE RECURSOS BIOLÓGICOS "ALEXANDER VON HUMBOLDT". Créase el Instituto de Investigaciones de Recursos Biológicos "Alexander Von Humboldt", el cual se organizará como una Corporación Civil sin ánimo de lucro, de carácter público pero sometida a las reglas del derecho privado, vinculada al Ministerio del Medio Ambiente, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, organizada según lo dispuesto en la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991, encargada de realizar investigación básica y aplicada sobre los recursos genéticos de la flora y la fauna nacionales y de levantar y formar el inventario científico de la biodiversidad en todo el territorio nacional…

…ARTÍCULO 20. EL INSTITUTO AMAZÓNICO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS "SINCHI". Transfórmase la Corporación Colombiana para la Amazonía, Araracuara, COA, en el Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas "Sinchi" el cual se organizará como una Corporación Civil sin ánimo de lucro, de carácter público pero sometida a las reglas de derecho privado, organizada en los términos establecidos por la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991, vinculada al Ministerio del Medio Ambiente, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio. Podrán asociarse al Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas "Sinchi" las entidades públicas, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, universidades y centros de investigación científica, interesados en la investigación del medio amazónico…

…ARTÍCULO 21. EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES AMBIENTALES DEL PACÍFICO "JOHN VON NEUMANN". Créase el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico "John Von Neumann" el cual se organizará como una Corporación Civil sin ánimo de lucro, de carácter público pero sometida a las reglas de derecho privado, organizada en los términos establecidos por la Ley

algunas entidades denominadas Corporaciones Civiles sin ánimo de lucro, de carácter público, pero sometidas a las reglas del Derecho Privado. Adicionalmente, esta normatividad consagró un régimen especial para las Corporaciones Regionales Autónomas[113], el cual como ya se dijo en esta investigación, fue derogado por la Ley 1150 de 2007.

- Ley 100 de 1993 **"**Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" (art. 195 núm. 6)[114]; las Empresa Sociales del Estado se rigen por el Derecho Privado pero pueden incorporar las cláusulas exorbitantes si así lo deciden. Esta excepción configura el núcleo de nuestra investigación.
- Ley 105 de 1993. "Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones." En virtud del artículo 54[115], se aplica a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil el mismo régimen especial que la Ley 80, en su artículo 38, prevé para las entidades estatales que presten el servicio de telecomunicaciones.
- Ley 139 de 1994. "Por la cual se crea el certificado de incentivo forestal y se dictan otras disposiciones"[116]. Establece una contratación especial para que

---

29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991, vinculada al Ministerio del Medio Ambiente, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio. Podrán asociarse al Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico las entidades públicas, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, universidades y centros de investigación científica, interesados en la investigación del medio ambiente del Litoral Pacífico y del Chocó Biogeográfico…

[113]Ley 99 de 1993. Artículo 27.DE LAS FUNCIONES DEL CONSEJO DIRECTIVO…

…d. Dictar normas adicionales, a las legalmente establecidas, sobre el estatuto de contratación de la entidad;

[114]Ley 100 de 1993.ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

…6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública...

[115]Ley 105 de 1993.ARTÍCULO 54. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de telecomunicaciones, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993.

Este régimen especial de contratación será aplicable para obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos que se requiera realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria.

Los gastos de funcionamiento e inversión de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil se ejecutarán indistintamente con los recursos propios y los aportes del presupuesto nacional.

[116] Ley 139 de 1994. ARTÍCULO 1. CREACIÓN. En cumplimiento de los deberes asignados al Estado por los artículos 79 y 80 de la Constitución Política, créase el Certificado de Incentivo Forestal, CIF, como un reconocimiento del Estado a las externalidades positivas de la reforestación en tanto los beneficios ambientales y sociales generados son apropiables por el conjunto de la población. Su fin es el de promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal. Podrán acceder a éste las personas naturales o jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y entidades territoriales, que mediante contrato celebrado para el efecto con las entidades

las personas naturales o jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y entidades territoriales puedan acceder al denominado Certificado de Incentivo Forestal[117].

- Ley 226 de 1995 "Por la cual se desarrolla el artículo 6° de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones". En virtud del artículo 2[118], la Ley 80 de 1993 no es aplicable a los procesos de enajenación accionaria.
- Ley 182 de 1995 "Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestreucturan<sic> entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones". A través de su artículo 37.3[119]se estableció expresamente el régimen de Derecho Privado para los actos y contratos que celebren los canales regionales de televisión.

---

competentes para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del ambiente, se comprometan a cumplir un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, en los términos y condiciones señalados en la presente Ley.

[117]Ley 139 de 1994.ARTÍCULO 5. CONDICIONES PARA EL OTORGAMIENTO. Son condiciones para el otorgamiento de Certificados de Incentivo Forestal las siguientes:

…6. Celebración de un contrato entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en el cual, además, de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en el Decreto 222 de 1983 o en las disposiciones legales que los sustituyan, modifiquen o reformen. Se pactará en el contrato que, como consecuencia del incumplimiento del mismo declarada por la entidad respectiva, se podrá exigir el reembolso total o parcial, según sea el caso, de las sumas recibidas con fundamento en el Certificado otorgado…

[118]Ley 226 de 1995. ARTÍCULO 2. DEMOCRATIZACIÓN. Todas las personas naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. En consecuencia, en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria. La Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria.

[119] Ley 182 de 1995. ARTÍCULO 37. RÉGIMEN DE PRESTACIÓN. En cada uno de los niveles territoriales antes señalados, el servicio público de televisión será prestado en libre y leal competencia, de conformidad con las siguientes reglas:

…3. *Nivel Regional*: El servicio público de televisión también será reserva del Estado y será prestado por las organizaciones o Canales Regionales de Televisión existentes al entrar en vigencia la presente Ley y por los nuevos operadores que se constituyan con la previa autorización de la Comisión Nacional de Televisión, mediante la asociación de al menos dos departamentos contiguos, o en su nombre, de entidades descentralizadas del orden departamental o empresas estatales de telecomunicaciones de cualquier orden o bien del Distrito Capital, o entidades descentralizadas del orden distrital, salvo aquellos que estén funcionando a la fecha de la vigencia de la presente Ley. Los municipios y sus entidades descentralizadas también podrán participar como socios de estos canales.

- Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios – Leyes 142 de 1994[120] "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", Ley 143 de 1994[121] "Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética", Ley 632 de 2000"Por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142, 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996" y Ley 689 de 2001"Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994".
- Ley 397 de 1997 "Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias". Los contratos que celebren el Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica y el

---

Los canales regionales de televisión serán sociedades entre entidades públicas organizadas como empresas industriales y comerciales del Estado, vinculadas a la Comisión Nacional de Televisión, y podrán pertenecer al orden nacional o departamental, según lo determinen las Juntas Administradoras regionales en sus estatutos.
Los actos y contratos de los canales regionales de televisión, en materia de producción, programación, comercialización y en general sus actividades comerciales, en cumplimiento de su objeto social se regirán por las normas del derecho privado. Los canales regionales estarán obligados a celebrar licitaciones públicas para la adjudicación de los programas informativos, noticieros y de opinión y el acto de adjudicación siempre se llevará a cabo en audiencia pública. Estos canales podrán celebrar contratos de asociación bajo la modalidad de riesgo compartido. Los contratos estatales de producción, coproducción y cesión de derechos de emisión que se encuentren en ejecución o estén debidamente adjudicados a la fecha de promulgación de esta Ley, se ejecutarán hasta su terminación de acuerdo con las normas bajo las cuales fueron celebrados….

[120]Ley 142 de 1994.ARTÍCULO 31. CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.
Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

[121]Ley 143 de 1994. ARTÍCULO 8.Las empresas públicas que presten el servicio de electricidad al entrar en vigencia la presente Ley, en cualquiera de las actividades del sector, deben tener autonomía administrativa, patrimonial y presupuestaria.
Salvo disposición legal en contrario, los presupuestos de las entidades públicas del orden territorial serán aprobados por las correspondientes juntas directivas, sin que se requiera la participación de otras autoridades.
Parágrafo. El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y de las Artes, en virtud de los artículos 46[122] y 63[123] respectivamente, se rigen por el Derecho Privado.

- Ley 388 de 1997 "Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones". Estableció normas especiales para los procesos de enajenación voluntaria y expropiación que adelanten la nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios, para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10º de la Ley 9º de 1989[124].

---

[122]Ley 397 de 1997. ARTICULO 46. FONDO MIXTO DE PROMOCION CINEMATOGRAFICA. Autorízase al Ministerio de Cultura para crear el Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica, y para aportar recursos del presupuesto.
El fondo funcionará como entidad autónoma, con personería jurídica propia, y en lo referente a su organización, funcionamiento y contratación, se regirá por el derecho privado.
Siempre y cuando la participación pública sea mayoritaria, entendiendo por tal un porcentaje superior al cincuenta por ciento (50%) del fondo social, el fondo será presidido por el Ministro de Cultura. En este evento la aprobación de los gastos de funcionamiento para la vigencia fiscal respectiva, la decisión sobre su disolución, la compraventa de bienes inmuebles, así como la aprobación de proyectos de inversión cuya cuantía exceda el diez por ciento (10%) del presupuesto del fondo, deberá contar con el voto favorable del Ministro de Cultura. El resto de su composición, estructura, dirección y administración, será determinado en el acto de creación y en sus estatutos.
El fondo tendrá como principal objetivo el fomento y la consolidación de la preservación del patrimonio colombiano de imágenes en movimiento, así como de la industria cinematográfica colombiana, y por tanto sus actividades están orientadas hacia la creación y desarrollo de mecanismos de apoyo, tales como: incentivos directos, créditos y premios por taquilla o por participación en festivales según su importancia. El fondo no ejecutará directamente proyectos, salvo casos excepcionales, que requieran del voto favorable del representante del Ministerio de Cultura, en la misma forma se deberá proceder cuando los gastos de funcionamiento superen el veinte por ciento (20%) del presupuesto anual de la entidad.
La renta que los industriales de la cinematografía (productores, distribuidores y exhibidores) obtengan, y que se capitalice o reserve para desarrollar nuevas producciones o inversiones en el sector cinematográfico, será exenta hasta del cincuenta por ciento (50%) del valor del impuesto sobre la renta.

[123]Ley 397 de 1997. ARTICULO 63. FONDOS MIXTOS DE PROMOCION DE LA CULTURA Y DE LAS ARTES. Con el fin de promover la creación, la investigación y la difusión de las diversas manifestaciones artísticas y culturales, créase el Fondo Mixto Nacional de Promoción de la Cultura y las Artes.
Autorízase al Ministerio de Cultura, para participar en la creación de los fondos mixtos departamentales, distritales, municipales y de los territorios indígenas conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, así como para realizar aportes y celebrar convenios de fomento y promoción de las artes y la cultura con dichos fondos.
Los fondos mixtos son entidades sin ánimo de lucro, dotadas de personería jurídica, constituidas por aportes públicos y privados y regidas en su dirección, administración y contratación por el Derecho Privado sin perjuicio del control fiscal que ejercen las respectivas Contralorías sobre los dineros públicos.

[124]Ley 388 de 1997. ARTÍCULO 58. MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA. El artículo 10 de la Ley 9 de 1989, quedará así:
"Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles para destinarlos a los siguientes fines:
a) Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los sectores de la salud, educación, recreación, centrales de abasto y seguridad ciudadana;

- Ley 418 de 1997 “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. El artículo 67[125] creó el Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía General

---

b) Desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, incluyendo los de legalización de títulos en urbanizaciones de hecho o ilegales diferentes a las contempladas en el artículo 53 de la Ley 9 de 1989, la rehabilitación de inquilinatos y la reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo;
c) Ejecución de programas y proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos;
d) Ejecución de proyectos de producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios;
e) Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo;
f) Ejecución de proyectos de ornato, turismo y deportes;
g) Funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades públicas, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y las de las sociedades de economía mixta, siempre y cuando su localización y la consideración de utilidad pública estén claramente determinados en los planes de ordenamiento o en los instrumentos que los desarrollen;
h) Preservación del patrimonio cultural y natural de interés nacional, regional local, incluidos el paisajístico, ambiental, histórico y arquitectónico;
i) Constitución de zonas de reserva para la expansión futura de las ciudades;
j) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y los recursos hídricos;
k) Ejecución de proyectos de urbanización y de construcción prioritarios en los términos previstos en los planes de ordenamiento, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley;
l) Ejecución de proyectos de urbanización, redesarrollo y renovación urbana a través de la modalidad de unidades de actuación, mediante los instrumentos de reajuste de tierras, integración inmobiliaria, cooperación o los demás sistemas previstos en esta Ley;
m) El traslado de poblaciones por riesgos físicos inminentes."
ARTÍCULO 59. ENTIDADES COMPETENTES. El artículo 11 de la Ley 9 de 1989, quedará así:
"Además de lo dispuesto en otras leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la Ley 9 de 1989. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha Ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades."
Y siguientes…

[125]Ley 418 de 1997. ARTÍCULO 67. Créase con cargo al Estado y bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, el “Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía”, mediante el cual se les otorgará protección integral y asistencia social, lo mismo que a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil y al cónyuge, compañera o compañero permanente, cuando se encuentren en riesgo de sufrir agresión o que sus vidas corran peligro por causa o con ocasión de la intervención en un proceso penal. En los casos en que la vida del testigo o denunciante se encuentre en peligro, la Fiscalía protegerá la identidad de los mismos.
Para efectos de protección por parte del programa, se entenderá por testigo la persona que ha tenido conocimiento de la comisión de un delito, o cualquier otra circunstancia que resulte relevante para demostrar la responsabilidad penal, que en concepto del funcionario judicial competente está en disposición de expresarlo durante la actuación procesal y de ello se derive un riesgo para su vida o integridad personal.
Así mismo, estará a cargo del programa, los testigos de aquellos casos de violación a los Derechos Humanos e infracción al Derecho Internacional Humanitario, independientemente de que no se haya iniciado el correspondiente proceso penal.

de la Nación, y a través del artículo 68[126]se estableció el carácter reservado de las erogaciones que se ordenen o ejecuten en desarrollo de este programa. Esta Ley tuvo una vigencia inicial de dos (2) años y ha sido prorrogada por la Ley 548 de 1999, la Ley 782 de 2002, la Ley 1106 de 2006 y recientemente por la Ley 1421 de 2010.

- Ley 489 de 1998. Ratificó el régimen de Derecho Privado de las Empresas Sociales del Estado[127], las Empresas Estatales de Servicios Públicos Domiciliarios[128], las Empresas Industriales y Comerciales del Estado[129] y las Sociedades de Economía Mixta.[130]
- Ley 715 de 2001. "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros". En virtud del artículo 13, para los denominados fondos de servicios educativos,[131] se establece un régimen especial de contratación.[132]

---

[126]Ley 418 de 1997. ARTÍCULO 68. El Gobierno Nacional incluirá en el proyecto de presupuesto de la Fiscalía General de la Nación las partidas necesarias para la dotación y funcionamiento del programa a que se refiere la presente ley.
PARÁGRAFO 1o. El ordenador del gasto de estas partidas será el Fiscal General de la Nación o el funcionario a quien éste delegue. Los desembolsos necesarios para atender el programa requerirán estudio previo de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Funcionarios de la Fiscalía.
PARÁGRAFO 2o. Las erogaciones que se ordenen o ejecuten para los fines previstos en esta ley tendrán carácter reservado, y estarán sujetos al control posterior por parte de la Contraloría General de la Nación. En ningún caso se revelará la identidad del beneficiario.
PARÁGRAFO 3o. Autorízase al Gobierno Nacional para realizar los traslados presupuestales requeridos a fin de atender el programa.
[127]Ley 489 de 1998. ARTÍCULO 83. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.
[128]Ley 489 de 1998.ARTÍCULO 84. EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.
[129]Ley 489 de 1998. ARTÍCULO 93. RÉGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.
[130]Ley 489 de 1998.ARTÍCULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.
[131]Ley 715 de 2001. ARTÍCULO 13. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LOS FONDOS DE SERVICIOS EDUCATIVOS. Todos los actos y contratos que tengan por objeto bienes y obligaciones que hayan de registrarse en la contabilidad de los Fondos de servicios educativos a

- Ley 1118 de 2006 **"**Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones." En virtud del artículo 6°[133]los contratos que celebre Ecopetrol S.A se rigen exclusivamente por el Derecho Privado, sin que el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa tenga alguna incidencia en el mismo.
- Ley 1122 de 2007 "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras

---

los que se refiere el artículo anterior, se harán respetando los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad, aplicados en forma razonable a las circunstancias concretas en las que hayan de celebrarse. Se harán con el propósito fundamental de proteger los derechos de los niños y de los jóvenes, y de conseguir eficacia y celeridad en la atención del servicio educativo, y economía en el uso de los recursos públicos.

Los actos y contratos de cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos mensuales se regirán por las reglas de la contratación estatal, teniendo en cuenta su valor y naturaleza, y las circunstancias en las que se celebren. El Gobierno Nacional podrá indicar los casos en los cuales la cuantía señalada en el presente inciso será menor.

El rector o director celebrará los contratos que hayan de pagarse con cargo a los recursos vinculados a los Fondos, en las condiciones y dentro de los límites que fijen los reglamentos.

Con estricta sujeción a los principios y propósitos enunciados en el primer inciso de este artículo, y a los reglamentos de esta Ley, el Consejo Directivo de cada establecimiento podrá señalar, con base en la experiencia y en el análisis concreto de las necesidades del establecimiento, los trámites, garantías y constancias que deben cumplirse para que el rector o director celebre cualquier acto o contrato que cree, extinga o modifique obligaciones que deban registrarse en el Fondo, y cuya cuantía sea inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales. El Consejo puede exigir, además, que ciertos actos o contratos requieran una autorización suya específica.

Habrá siempre información pública sobre las cuentas del Fondo en las condiciones que determine el reglamento. La omisión en los deberes de información será falta grave disciplinaria para quien incurra en ella.

Ninguna otra norma de la Ley 80 de 1993 será aplicable a los actos y contratos de cuantía inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales que hayan de vincularse a las cuentas de los Fondos.

[132]Ley 715 de 2001. ARTÍCULO 12. DEFINICIÓN DE LOS FONDOS DE SERVICIOS EDUCATIVOS. Las entidades estatales que tengan a su cargo establecimientos educativos deben abrir en su contabilidad una cuenta para cada uno de ellos, con el propósito de dar certidumbre a los Consejos Directivos acerca de los ingresos que pueden esperar, y facilitarles que ejerzan, con los rectores o directores, la capacidad de orientar el gasto en la forma que mejor cumpla los propósitos del servicio educativo dentro de las circunstancias propias de cada establecimiento. Esa cuenta se denomina "Fondo de Servicios Educativos".

Los reglamentos, teniendo en cuenta las diferencias entre los establecimientos urbanos y entre estos y los rurales, dirán qué tipo de ingresos, gastos y bienes pueden manejarse a través de tal cuenta; y en dónde y cómo se mantendrán los bienes que se registren en ella, ciñéndose a la Ley Orgánica del Presupuesto y a esta Ley, en cuanto sean pertinentes.

Los reglamentos aludidos atrás distinguirán entre los ingresos que las entidades estatales destinen al servicio educativo en cada establecimiento, los que los particulares vinculen por la percepción de servicios, y los que vinculen con el propósito principal o exclusivo de beneficiar a la comunidad. Todos esos ingresos pueden registrarse en las cuentas de los Fondos, en las condiciones que determine el reglamento.

[133]Ley 1118 de 2006. ARTÍCULO 6. RÉGIMEN APLICABLE A ECOPETROL S. A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.

disposiciones". El artículo 45[134] extiende el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebran las Empresas Sociales del Estado, a las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo de carácter público.

- La ya mencionada Ley 1341 de 2009 "Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones" establece normas especiales que regulan el acceso al uso del espectro electromagnético[135].

[134]Ley 1122 de 2007. Artículo 45. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE EPS PÚBLICAS. Las Empresas promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado.

[135]Ley 1341 de 2009. ARTÍCULO 11. ACCESO AL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, cuando prime la continuidad del servicio, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa.

En la asignación de las frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado. El trámite, resultado e información relativa a la asignación de este tipo de frecuencias tiene carácter reservado. El Gobierno Nacional podrá establecer bandas de frecuencias de uso libre de acuerdo con las recomendaciones de la UIT, y bandas exentas del pago de contraprestaciones entre otras para Programas Sociales del Estado.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de la aplicación de presente artículo, se debe entender que la neutralidad tecnológica implica la libertad que tienen los proveedores de redes y servicios de usar las tecnologías para la prestación de todos los servicios sin restricción distinta a las posibles interferencias perjudiciales y el uso eficiente de los recursos escasos.

PARÁGRAFO 2o. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los términos que este determine sin desmejora de los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro.

…ARTÍCULO 72. REGLAS PARA LOS PROCESOS DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO CON PLURALIDAD DE INTERESADOS. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:

- Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.
- En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.

Cuando prime, la continuidad del servicio, o la ampliación de cobertura, el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa.

- Ley 1508 de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”. Esta legislación contiene normas que establecen un procedimiento especial de selección de los denominados proyectos de asociación público privada[136].
- Ley 1523 de 2012. “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”. El Artículo 66[137] establece para la contratación del nuevo Fondo Nacional de Gestión del Riesgo[138] la aplicación del Derecho Privado, destacando la posibilidad de

[136]Ley 1508 de 2012. ARTÍCULO 9. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN EN PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PÚBLICA. El procedimiento de selección en los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública será el establecido en la presente ley y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública.

[137]Ley 1523 de 2012. Artículo 66. MEDIDAS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.
Parágrafo. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen.

[138]Ley 1523 de 2012.ARTÍCULO 47. FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DE RIESGO DE DESASTRES. El Fondo Nacional de Calamidades creado por el Decreto 1547 de 1984 y modificado por el Decreto-ley 919 de 1989, se denominará en adelante Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y continuará funcionando como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística conforme a lo dispuesto por dicho Decreto.
La Junta Directiva incorporará directamente al presupuesto del Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres los recursos que reciba y que no correspondan a aportes del Presupuesto General de la Nación.
Los aportes presupuestales y las donaciones que reciba se mantendrán en dicha cuenta como una reserva especial hasta tanto cumplan los fines establecidos por la ley.
Sus objetivos generales son la negociación, obtención, recaudo, administración, inversión, gestión de instrumentos de protección financiera y distribución de los recursos financieros necesarios para la implementación y continuidad de la política de gestión del riesgo de desastres que incluya los procesos de conocimiento y reducción del riesgo de desastres y de manejo de desastres. Estos objetivos se consideran de interés público.
Parágrafo 1°.El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres podrá recibir, administrar e invertir recursos de origen estatal y/o contribuciones y aportes efectuados a cualquier título por personas naturales o jurídicas, instituciones públicas y/o privadas del orden nacional e internacional. Tales recursos deberán invertirse en la adopción de medidas de conocimiento y reducción del riesgo de desastres, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción, a través de mecanismos de financiación dirigidos a las entidades involucradas en los procesos y a la

incluir las cláusulas excepcionales consagradas en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

Como se puede observar son múltiples los regímenes excepcionales que existen, lo cual contraria el intento de universalidad de la Ley 80 como Estatuto General de Contratación Pública.[139]

Con mucho acierto, el profesor GÓMEZ LEE[140] señala que se ha generado una situación de inseguridad jurídica, al existir tres regímenes paralelos de contratación pública: i) El de contratación estatal en sentido estricto, regido por el Estatuto General de la Administración Pública, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007; ii) Comprende todos los regímenes contractuales excepcionales sometidos al Derecho Privado y normas especiales, sometidos a principios constitucionales, inhabilidades e incompatibilidades; y iii) El que se le aplica a las personas particulares u organizaciones privadas que contratan con recursos públicos y se someten a los principios de la gestión fiscal.

---

población afectada por la ocurrencia de desastres. El Fondo podrá crear subcuentas para los diferentes procesos de la gestión del riesgo.
Parágrafo 2°. El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres desarrollará sus funciones y operaciones de manera directa subsidiaria o complementaria, bajo esquemas interinstitucionales de cofinanciación, concurrencia y subsidiariedad.

[139] En este sentido, CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ anota lo siguiente:
"…El régimen aplicable en Colombia a los contratos celebrados por las diversas entidades estatales, en vez de simplificarse con principios generales y la regulación integral de la materia en un gran estatuto, como hubiera sido deseable, se desarticuló por completo. El análisis de la contratación pública y las disposiciones aplicables en cada caso, se hace cada vez más complejo. Falta observar la evolución que sobre el particular tenga el Consejo de Estado; entretanto, podemos concluir que una nebulosa cubre actualmente el panorama de la contratación estatal, a partir de la derogatoria del decreto-ley 222 de *1983…"* NARANJO FLÓREZ, Carlos Eduardo. El nuevo régimen de contratación de la Administración Pública. En "Régimen de Contratación Estatal". Compilador Jorge Pino Ricci. Página 176

[140] GÓMEZ LEE, Iván Darío. Historia y actualidad en nuestra Contratación Pública. En X Jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación Estatal. BENAVIDES RUSSI, José Luis y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Directores). Universidad Externado de Colombia. 2010. Página 27

CAPÍTULO II

RÉGIMEN COMÚN DE LOS CONTRATOS QUE CELEBRAN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

1. NORMATIVIDAD TAMBIÉN APLICABLE A LOS REGÍMENES EXCEPCIONALES: LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ESTABLECIDO POR EL ESTATUTO CONTRACTUAL

1.1 Panorama general. La vuelta del Derecho Administrativo

Aun cuando existe una flexibilización de los procedimientos contractuales en los casos señalados al finalizar el anterior capítulo, comenzó a hacer tránsito la tesis según la cual, estas entidades a pesar de constituirse como regímenes excepcionales deberían en todo caso aplicar en su actividad contractual los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 y en el artículo 267 de la Constitución Política, que, a su vez, constituyen la esencia del régimen jurídico aplicable a las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública. En consecuencia, estas entidades deben acatar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tal es la posición que ha sostenido el profesor PINO RICCI[141]. Esta tendencia la podemos enmarcar como una manifestación de la vuelta o repliegue del Derecho Administrativo a sus huestes características.[142]

En la misma dirección, el profesor SANTOFIMIO GAMBOA[143] señala que con fundamento en el preámbulo y en los artículos 2º, 123 inciso 2º y 209 constitucionales, los contratos celebrados por entidades públicas estatales, aún sujetas a regímenes jurídicos en los que se aplica la regla general del Derecho Privado, deben sujetarse a principios básicos para evitar la arbitrariedad, el subjetivismo, la improvisación, los sobrecostos, etc, estableciéndose de este modo un estricto régimen de responsabilidad en el manejo de los recursos públicos.

---

[141] Ver PINO RICCI, Jorge. Ibídem, páginas 26 y siguientes.

[142] Estudiando el régimen jurídico de los contratos estatales, la profesora ÁNGELA MARÍA PÁEZ MURCIA señala que: "…haciendo énfasis en el tema que nos atañe, hemos encontrado estrategias que acercan al Derecho Público y al Derecho Privado pero que no parecen marcar una huida del Derecho Administrativo. Por el contrario, se mantiene la preponderancia de los intereses públicos aunque incluyan estrategias del Derecho Privado como medios para favorecer la eficiencia en la gestión…" PÁEZ MURCIA, Ángela María. La modernización del sistema de contratación estatal en Colombia: ¿La huida del derecho administrativo? En Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. Ediciones Paredes Tomo 3. Página 2164

[143] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. 2004. Páginas 50 y 51

Frente a este punto, HERRERA BARBOSA[144] señala que independientemente se sometan a regímenes especiales o de manera exclusiva al Derecho Privado, a todos los contratos que celebra la Administración se les aplica la siguiente normatividad: i) Por un lado, la de los principios de la contratación, haciendo la salvedad en lo referido a los procedimientos de la contratación, existiendo la posibilidad de establecer otras formas o instrumentos que garanticen el respeto al principio de trasparencia ; y por el otro, ii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En el mismo sentido, DEL CASTILLO[145], considera que el principio de trasparencia se garantiza, refiriéndose a los contratos que celebren las entidades estatales sujetas a regímenes especiales, con el establecimiento de condiciones específicas que desarrollen sus procesos de selección, evitando con ello la utilización de fórmulas de contratación que desconozcan el principio de selección objetiva.

Por su parte, el Consejo de Estado[146] también señaló en su jurisprudencia que en los regímenes excepcionales, analizando el caso particular de las Empresas Sociales del Estado, objeto central de nuestra investigación, se aplica el Estatuto Contractual de la Administración Pública cuando incorporen cláusulas excepcionales en lo referente a éstas, y en cuanto a sus demás actividades, se impone la aplicación de los principios del artículo 209 de la Constitución Política.

De igual forma, la Corte Constitucional[147] ha indicado en su jurisprudencia, que la no aplicación del Estatuto Contractual a algunos contratos del Estado, particularmente refiriéndose a aquellos celebrados por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN- para el desarrollo de los programas que le fueron asignados a través del Decreto 196 de 1999, no significa que no se deban respetar los principios de transparencia, publicidad, igualdad, moralidad, economía, celeridad, eficiencia y eficacia, que tienen su fundamento en el artículo 209 y en otras normas de la Constitución Política.

En otra oportunidad, esta misma Corporación[148] analizando el régimen contractual de las sociedades de economía mixta, manifestó que así se pretenda buscar mayor flexibilidad y eficacia en la gestión administrativa, sujetando a entidades públicas a las disposiciones aplicables a los particulares, se debe cumplir con los fines del Estado respetando los requerimientos y controles constitucionales, entre los cuales se encuentran los principios de eficiencia, economía, equidad y la

[144] HERRERA BARBOSA, Benjamín. Contratos Públicos. Reimpresión 2004. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Página 56

[145] DEL CASTILLO, Edmundo. El principio de transparencia en la reforma del Estatuto de la Contratación Administrativa. En www.aplegis.com

[146]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación número: 1263

[147] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-327 del 12 de mayo de 1999. M.P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ

[148]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-629 del 29 de julio de 2003. M.P: ÁLVARO TAFUR GALVIS

valoración de los costos ambientales que orientan la gestión fiscal y que establece el artículo 267 de la Carta Política.

Así mismo, los organismos de control reafirmaron la tesis de la obligatoriedad de aplicar los principios de la función administrativa en los regímenes exceptuados.[149]

Finalmente, cabe destacar que en el ámbito de la doctrina comparada, el profesor español GASPAR ARIÑO[150] sostiene que incluso cuando las entidades públicas actúan bajo formas y régimen de Derecho Privado, la Administración, como tal, debe someterse a los principios constitucionales que orientan la actuación de los poderes públicos.

Según CASSAGNE[151], se aprecia entonces una tendencia, tanto en América como en Europa, hacia la iuspublificación de los sistemas de contratación administrativa, incluso en los países que han basado tradicionalmente su esquema en el Derecho Privado o que no han utilizado la figura del contrato administrativo. Dicha tendencia se refleja en la exclusión, en principio, de la libertad de elegir al contratista y en el reconocimiento de prerrogativas públicas en favor de la Administración.

1.2 Los avances de las reformas recientes. La Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011

Como materialización de la mencionada vuelta del Derecho Administrativo a sus huestes, la Ley 1150 de 2007 incorporó al Estatuto Contractual, entre otras normas que precisan, crean o suprimen regímenes excepcionales[152], la tesis

---

[149]"…si bien los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado se rigen por el derecho privado, los mimos no son ajenos a los principios para el ejercicio de la función administrativa, puesto que a través de la actividad contractual se cumplen los fines del Estado, y por tanto, principios del derecho privado como la autonomía de la voluntad de las partes se encuentran limitados por el principio de legalidad que rige el ejercicio de la función pública por parte de las autoridades, todo lo cual se encuentra plasmado en el Acuerdo No. 003 del 11 de abril, por el cual la Junta Directiva adoptó el estatuto contractual del Hospital Departamental de Villavicencio Empresa Social del Estado, siguiendo las estipulaciones legales consignadas en el Decreto 1876 de 1994…"
"…Así las cosas, para efectos de aplicar e interpretar las normas contractuales de estas entidades estatales no puede estarse al querer único de las partes, pues su actuación es reglada como la de todas las entidades públicas, teniendo en cuenta que, las Empresas Sociales del Estado 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…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 6 de septiembre de 2006. Proceso con N° de Radicación 161-3171(156-142445/2006). Disciplinado: ALCALDE DE VILLAVICENCIO. Sala Disciplinaria.

[150] ARIÑO ORTÍZ, GASPAR. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Universidad Externado de Colombia. 2003. Página 114.

[151] CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. Tercera edición. AbeledoPerrot, Buenos Aires. Páginas 6 y 7

[152] Los artículos 14, 15 y 20 precisan el régimen excepcional de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta sus filiales, las Sociedades entre

sostenida por la doctrina, la jurisprudencia y los organismos de control, otorgando certeza a las entidades exceptuadas respecto al deber de aplicar los principios que rigen la función administrativa y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Esta Ley en su artículo 13 estableció lo siguiente:

"…Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 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…"

Nótese además que los artículos 14[153],15[154] y 16,[155] si bien establecen regímenes especiales consagran la obligación de tener en cuenta el contenido del citado artículo 13.

Entidades Públicas, de las Entidades Financieras del Estado y de la contratación con organismos internacionales, respectivamente. El artículo 16 establece una nueva excepción frente a algunas entidades del Sector Defensa. Así mismo, cabe resaltar que el artículo 24 suprime el régimen excepcional de las Corporaciones Autónomas Regionales incluida la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena. Por su parte, en materia de selección de sociedades fiduciarias, el artículo 25 establece una excepción a la regla general de la licitación pública, al permitir que los excedentes de tesorería de las entidades estatales se puedan invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias. Finalmente, el artículo 26 suprime el régimen excepcional del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –Fonade-. Sin embargo, cabe aclarar que el artículo 276 de la Ley 1450 de 2010 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014", derogó esta norma, por lo que el régimen de Derecho Privado de esta entidad actualmente se encuentra vigente.

[153]Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

[154]Ley 1150 de 2007.ARTÍCULO 15. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS ESTATALES. El parágrafo 1o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:
"Artículo 32.
(...)
"Parágrafo 1o. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Resulta muy útil para el desarrollo de nuestra investigación, recordar el propósito del legislador al establecer estas disposiciones normativas:

"…Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado…"[156]

Sobre el avance que configuró la normatividad establecida por la Ley 1150, el profesor SANTOFIMIO GAMBOA[157] considera que al incorporar el respeto a los principios de estirpe constitucional rectores en la materia a los regímenes especiales, se reconoce esa irrefutable realidad y se materializa la intención de la política pública sobre contratación del Estado fijada en el documento CONPES 3249 del 20 de octubre de 2003.[158]

Cabe resaltar que en la legislación uruguaya existe una situación similar a la que acontece en el derecho colombiano, circunstancia que es destacada por

---

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley".

[155]Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 16. DE LAS ENTIDADES EXCEPTUADAS EN EL SECTOR DEFENSA. Los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC–, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad.
En todo caso su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.

[156] Exposición de motivos Ley 1150 de 2007. Gaceta del Congreso No.458 de 2005.Proyecto de Ley 20 de 2005 Senado "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".

[157] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual. Ley 1150 de 2007. Compiladores: BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Universidad Externado de Colombia, 2009. Páginas 24 y 25

[158] "Como paso inicial a la puesta en marcha de una estrategia de modernización a la contratación pública colombiana, el Proyecto sometió a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social los textos "Una Política de Estado para la Eficiencia y la Transparencia en la contratación Pública" (2002) y "Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial" (2003), los cuales elaboró con base en diversos estudios, contando con el apoyo de expertos en contratación pública y que luego fueron aprobados por este Consejo y se convirtieron en los documentos CONPES 3186 de 2002 y 3249 de 2003, respectivamente. El segundo de los mismos guió las acciones del proyecto durante toda su gestión a la fecha." SUÁREZ BELTRÁN, Gonzálo. Memorias de la Reforma a la Contratación Pública. En Memorias de Renovación del Estado 2002-2010. Departamento Nacional de Planeación. Página 242

CASSAGNE,[159] quien señala que en ambas legislaciones: "es posible aplicar en el campo contractual privado en que actúan las empresas públicas, los principios rectores del derecho público que rigen la contratación estatal tendientes a asegurar la publicidad y transparencia de los actos de selección de contratistas, conforme a la normativa que regula las contrataciones en el ámbito de cada empresa."

En efecto, se trata de una valiosa autorización legal al Poder Ejecutivo para adecuar los procedimientos de compra estatal a situaciones especiales donde el principio general de la licitación pública y sus mecanismos no resultan óptimos para cumplir las finalidades del Estado, siempre respetando los principios básicos de publicidad e igualdad de los oferentes, con un control posterior del órgano legislativo de la utilización del instrumento.[160]

Esta habilitación legal se encuentra consagrada en el artículo 34 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado (TOCAF), el cual establece que:

"El Poder Ejecutivo, previo dictamen favorable del Tribunal de Cuentas, podrá autorizar regímenes y procedimientos de contratación especiales, basados en los principios de publicidad e igualdad de los oferentes, cuando las características del mercado o de los bienes o servicios lo hagan conveniente para la Administración. Las autorizaciones respectivas serán comunicadas a la Asamblea General y publicadas en dos diarios de circulación nacional.
Los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales podrán aplicar los regímenes y procedimientos autorizados conforme a lo establecido precedentemente."[161]

Nótese que en el caso uruguayo la existencia de procedimientos especiales para regímenes especiales, no sólo les resulta imperativa la aplicación de los principios de publicidad e igualdad de los oferentes, sino que adicionalmente se les exige una autorización previa del Poder Ejecutivo y un control posterior por parte del órgano legislativo, haciéndolo más riguroso que el caso colombiano.

Finalmente vale decir que, en la misma línea de limitación y control a los regímenes excepcionales de contratación, lo cual insistimos hemos identificado como una demostración de la vuelta del Derecho Administrativo a sus huestes, la Ley 1150 de 2007[162] introdujo unas precisiones a los denominados contratos

[159] CASSAGNE, Juan Carlos. Las empresas públicas y el régimen de sus actos y contratos. En Reforma al régimen de contratación estatal. Universidad de los Andes. 2010, página 128
[160] Tomado del portal de internet: Compras del Estado, Uruguay. En:
http://www.comprasdelestado.info/site/pdf/texto_del_art_34_del_tocaf.pdf
http://www.comprasdelestado.info/site/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=61
[161] Ídem
[162] Ley 1150 de 2007.ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:…

interadministrativos, las cuales fueron modificadas a su vez posteriormente por la Ley 1474 de 2011[163], tratando de evitar la incorrecta utilización de esta figura y la prevalencia de intereses particulares "non sanctos" en esta modalidad de contratación directa[164].

…4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:
…c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.
En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.
En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.
Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;…

[163]Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 92. CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS. Modifícase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:
c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.
Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.
ARTÍCULO 95. APLICACIÓN DEL ESTATUTO CONTRACTUAL. Modifíquese el inciso 2o del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:
En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad

[164] "…Dentro del propósito de hacer más transparente la contratación en el artículo 10 se dispone la vinculación de las administraciones públicas cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, con el fin de acabar con la práctica de estas entidades que valiéndose de las ventajas que comporta para la selección y entrega de recursos tener el carácter de entidad estatal por vía de los llamados convenios interadministrativos y a pesar de no contar con la idoneidad y experiencia requerida para la ejecución de contratos, se han venido convirtiendo en los grandes contratistas del Estado, en especial a nivel territorial.
En ese sentido, tales entidades deberán participar en los procesos de selección en igualdad de condiciones con los particulares…" Exposición de motivos Ley 1150 de 2007. Gaceta del Congreso

Así, la Ley 1150 de 2007 inicialmente estableció que cuando la entidad ejecutora de dichos contratos se le aplique un régimen distinto al establecido por la Ley 80 de 1993, se deberían acatar los principios del artículo 209 constitucional, el deber de selección objetiva y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto Contractual, salvo cuando la entidad ejecutora sea una Instituciones de Educación Superior Públicas atendiendo a la autonomía consagrada constitucionalmente

Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 fue un poco más rigurosa frente a este punto al modificar esta norma y establecer que, cuando la entidad ejecutora sea alguna de las exceptuadas, se somete dicha ejecución contractual a lo previsto en la Ley 80 de 1993, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad. Se nota pues, una vez más, la tendencia del ordenamiento jurídico a reducir la esfera de acción de los regímenes excepcionales[165].

2. LOS PRINCIPIOS APLICABLES AL RÉGIMEN COMÚN

2.1 El papel de los principios en el sistema jurídico adoptado por el Constituyente de 1991 y particularmente en el Derecho Administrativo

Luego de la irrupción de la Corte Constitucional, a través de la Constitución de 1991, se ha suscitado en nuestro país un interesante debate acerca del activismo judicial[166]. Este tema tiene como marco general el fenómeno de la

---

No.458 de 2005. Proyecto de Ley No. 20 de 2005 Senado "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".

[165] "…DISPOSICIONES PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
La contratación pública es el sector en el cual se vienen presentando los casos más graves de corrupción pública; por ello se proponen medidas orientadas a garantizar la transparencia y la sanción a la corrupción o fraude en esta actividad estatal:
…7. Cabe también señalar que el Estatuto dispone que las normas de la Ley 80 de 1993, le serán aplicables a todas las entidades públicas, salvo cuando la entidad ejecutora desarrolle sus actividades en competencia con el sector privado. De esta forma, los principios rectores de la contratación pública se extenderán a campos que hoy no cubren…" MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Cartilla de Presentación del Estatuto Anticorrupción. Primera Edición 2011. Imprenta Nacional de Colombia, página 13.

[166] "…*Hoy el Estado Social de Derecho colombiano es un modelo con protagonismo judicial donde la ineficiencia o la inoperancia de: a) las empresas que prestan directamente los servicios públicos y b) la inactividad o ineficacia del gobierno o de los órganos de control, inspección, sanción y vigilancia, se ve reflejada en un aumento cuantitativo y cualitativo de la actividad judicial, con un consecuente papel protagónico.*
Los problemas originalmente administrativos que deberían ser resueltos de manera ordinaria por los prestadores de servicios o por los órganos de control inspección y vigilancia, terminan siendo resueltos de manera administrativa de justicia. Toda inoperancia de la administración, de los

constitucionalización del derecho,[167] que a su vez constituye un desarrollo de las denominadas teorías neoconstitucionalistas.[168]

En este contexto, el asunto objeto de nuestro estudio se torna aún más interesante porque en el escenario introducido por la Constitución Política de 1991, los principios tienen un mayor protagonismo en la dinámica jurídica que se desarrolla en un terreno claramente garantista.

En este sentido, el profesor MONROY CABRA[169] considera que es indudable que la aplicación de la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha conducido a la constitucionalización de las diversas ramas del

---

órganos estatales de control inspección y vigilancia, así como todo vacío o imprecisión de las leyes y actos administrativos termina siendo, al final competencia judicial.
Este cambio de paradigma en las funciones del Estado debe ser comprendido adecuadamente para entender y responder *muchas reacciones y críticas contra la administración de justicia*. Reflexionemos sobre una de las más comunes: *El activismo judicial*. La crítica consiste en afirmar que los jueces se están extralimitando en sus funciones y están inmiscuyéndose en funciones propias de otros poderes, en particular de la administración pública. Esta visión desconoce la lógica de división de poderes que está vigente en el ordenamiento colombiano, parece añorar una visión estricta de este principio, parecida a la que existió en el primer constitucionalismo francés (de absoluta separación de poderes, donde los jueces no podían juzgar las actividades del gobierno). La administración de justicia solo opera como último recurso en materia de derechos sociales o prestacionales, solo cuando existe una negativa o una omisión de la administración pública o de la entidad competente es que actúa la administración de justicia. La mayor competencia de las autoridades en materia de protección de derechos prestacionales, que en nuestro ordenamiento se consideran como derechos fundamentales, es directamente proporcional a las deficiencias de los órganos encargados constitucional y legalmente de garantizarlos. No es activismo judicial administrar justicia. Así como no es usurpación de funciones de los ciudadanos, ordenar pagar un cheque, o restituir un bien inmueble, no lo es dar orden de pagar una pensión o que se preste un servicio médico…"SIERRA PORTO, Humberto A. "LA PROBLEMÁTICA DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA: CRITERIOS PARA SU ANALISIS" Conferencia presentada como Magistrado de la Corte Constitucional en el VI encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Septiembre 5 de 2010. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co

[167] El profesor Guastini define este concepto como: "Un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), paz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como los sociales" GUASTINI, Riccardi "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". En Neoconstitucionalismo. Segunda edición, Trotta, 2005, página 49

[168] El profesor Prieto Sanchís define este fenómeno de la siguiente manera: "Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y e torno, sobretodo, a las sucesivas opciones legislativas…" PRIETO SANCHÍS, Luis Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Neoconstitucionalismo. Segunda edición, Trotta, 2005,Página 123 y ss

[169] MONROY CABRA, Marco Gerardo. Perspectivas del constitucionalismo moderno. En Teoría Constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Página 66.

derecho. Las reglas, valores y principios constitucionales han irradiado todo el ordenamiento jurídico colombiano y han influido en la interpretación que hacen no sólo los jueces de las distintas jurisdicciones, sino todos los operadores jurídicos.

Frente al papel de los principios[170] en el ordenamiento jurídico y su incidencia en el desarrollo del mismo, distinguiéndolos de los valores, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

"…b-. Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, ***consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata****, tanto por el legislador como por el juez constitucional…Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.*
Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. ***No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa.*** *En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.*
Los valores son ***normas que establecen fines*** *dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son* ***normas que establecen un deber ser específico*** *del cual se deriva un espacio de discrecionalidad*

---

[170] Para el profesor PEDRO LAMPREA, desde la teoría filosófica es principio, ontológicamente hablando, aquel origen vital del cual otros nace o proceden. Así, se dice que el padre es principio del hijo.
Desde el punto de vista lógico, el principio es una posición principal que sirve de causa a otras cuyo valor se condiciona al de la primera; ésta se expresa en forma general y sirve de directriz para las proposiciones que le están subordinadas o nacen de ella. Son principios lógicos el de identidad…de no contradicción…de razón suficiente… y de tercero excluido.
Finalmente los principios de una ciencia son nociones que orientan su desarrollo y resultados. En el derecho, los principios generales permiten resolver los casos concretos no regulados por ley escrita, sea ésta directa o analógica. Dentro de esta noción cabe considerar el llamado principio normativo, que se identifica con el lógico y que, a la manera de una regla, establece criterios de aplicación legal. En LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Principios fundamentales en la Constitución de 1991. Ediciones Jurídicas Rada. Santafé de Bogotá, 1994. Páginas 14 y 15

legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia…"[171] (negrita y subraya fuera de texto)

Posteriormente, reiteró esta posición, ahora diferenciándolos de las reglas:

"…12. *En la teoría del derecho se reconocen a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento. Precisamente, en sentencia T-406 de 1992, se manifestó que:..*

…13. La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.

Así las cosas, mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica. Con acierto, la doctrina ha sostenido que:

…Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) ***Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho****. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico…"*[172](negrita y subraya fuera de texto)

Resulta oportuno resaltar que esta tendencia principialista permeó el Estatuto Contractual, en el cual se trató de avanzar de una legislación demasiado minuciosa a una que consagra más principios que reglas[173]. De ahí que adquiera especial importancia el tema del alcance de los principios en la práctica contractual del Estado.

---

[171] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-406 del 5 de junio de 1992. M.P: CIRO ANGARITA BARON

[172] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P:RODRIGO ESCOBAR GIL.

[173] "…Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las entidades estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran…" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009.M.P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

Precisamente y recogiendo lo expresado por el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado estudiando el alcance de los principios en materia de contratación estatal ha señalado lo siguiente:

*"…**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 unaoperación intelectiva 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.

*…Pero, en esta tarea, es importante tener en cuenta que los principios por ser una norma jurídica de contenido general **son por naturaleza de textura abierta, lo que significa que están sometidos constantemente al desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, de manera que su eficacia se encuentra en veces, condicionada a la interpretación de dicho contenido normativo, y también pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlo en forma clara e inequívoca***

En este orden de ideas, se colige que para analizar la validez de un precepto reglamentario en materia de contratación pública, es necesario establecer si está conforme con el principio consagrado en la norma constitucional que prevé su aplicación directa, o si respeta y se ajusta a la regla legal que lo ampara en la Ley 80 de 1993, en caso de que, por su amplia generalidad, se encuentre concretado en ésta…"[174](negrita y subraya fuera de texto)

De las anteriores posiciones jurisprudenciales[175], y aplicado en el campo específico de nuestra investigación, resulta claro que los principios son normas

[174] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

[175] Contrario sensu, investigaciones concluyen una postura incoherente por parte de la jurisprudencia constitucional respecto al tema de los principios:

"…Son varios los retos que se imponen a una teoría general del derecho, en particular, a una teoría de principios que busque coherencia con el contexto constitucional colombiano. Su estudio

jurídicas con carácter obligatorio, que sirven de fundamento, interpretación e integración del ordenamiento jurídico. A diferencia de las reglas, se caracterizan por tener una textura abierta[176], obrando entonces como mandatos de optimización[177].

---

debe tener presentes tanto los aportes de la vasta doctrina de derecho comparado elaborada sobre el tema, como las específicas circunstancias del contexto político y jurídico colombiano.
La Constitución Política en el Estado Social de Derecho se caracteriza por incorporar elementos axiológicos o morales al ordenamiento jurídico que en lugar de limitar el ejercicio del poder sirven de medios para la ampliación de la potestad del Estado.
Su influencia es tan clara que se afirma la presencia de un modelo normativo en el que tiene más peso los principios que las reglas. No obstante la importancia de los principios, no se tiene claridad sobre su naturaleza y funciones.
La idea de principios acuñada en el Estado liberal, entendidos como normas extrasistemáticas, es ajena a la noción de principios que exige el Estado Social de Derecho que busca en ellos legitimar el ejercicio del poder así como establecer criterios de validez de las restantes normas jurídicas del ordenamiento.
Teniendo como uno de los principales propósitos del constitucionalismo limitar el ejercicio del poder, la noción de principios que se estima acorde al mismo es la que acá se denominó fuerte-fuerte según la cual los principios.
No obstante la importancia de los principios se puede concluir de lo expuesto que los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, vistos en su más amplia perspectiva, son confusos en la medida que parten de diversas posiciones epistemológicas que no permiten la generación de un consenso en torno a una noción de principios como normas jurídicas que limitan el poder y que ayudan a la función de administrar justicia. Para superar este problema puede ser de gran ayuda el denominado por Bobbio positivismo metodológico que permite determinar o distinguir el material jurídico del no jurídico sin olvidar el contexto de Estado social, constitucional y democrático de derecho…" ESTRADA VÉLEZ, Sergio. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN COLOMBIA. Algunas recomendaciones para su incorporación. Artículo resultado de la investigación terminada. "La teoría y filosofía de los principios y valores jurídicos en el Estado constitucional de derecho", financiada por la Universidad de Medellín.
Disponible en:http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo%3Fcodigo%3D3295720

[176] "…4. Esta diversidad gramatical es un elemento característico del texto constitucional. Debido a la naturaleza del proceso de formación de las constituciones escritas, de la función social y política que desempeñan, y de su vocación de permanencia, éstas suelen tener ciertas características lingüísticas que las diferencian de las demás categorías de textos jurídicos. En particular, suelen utilizar un lenguaje más indeterminado y abierto, en el cual no necesariamente predominan las órdenes ni las formas gramaticales prescriptivas, o cuando ello sí ocurre, no se establecen los órganos competentes. Por supuesto, estas características no son exclusivas de los textos constitucionales, y por el contrario, pueden encontrarse también en otros estatutos jurídicos de diversa naturaleza, aunque la denominada "textura abierta" o indeterminada del lenguaje es un elemento común de las constituciones contemporáneas.
5. Al ser el resultado de un consenso político y debido a la función social que desempeña la Constitución, el lenguaje constitucional tiene por lo general una textura abierta a diversas interpretaciones. Esta característica, es un factor que incide sobre dos cuestiones fundamentales, lleva a que existan diversas formas de exigir un contenido más o menos amplio, y permite un alto grado de discrecionalidad en cabeza de la autoridad competente para desarrollarlo…" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-651 del 5 de agosto de 2003. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

[177] La Corte Constitucional, tomando como referente la obra de ALEXIS, señala que: "…En este sentido cabe recordar que de tiempo atrás la teoría del derecho ha establecido la distinción conceptual entre *reglas y principios*, para advertir que si bien ambas constituyen normas jurídicas, su grado de vinculación y eficacia varía en uno u otro caso. Así, mientras las reglas son normas que *"ordenan una consecuencia jurídica definitiva",* los principios son mandatos de optimización "*que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas*". Distinción que ha sido ampliamente aceptada en el constitucionalismo moderno y

Por ello, necesitan ser concretados en cada circunstancia en particular[178], lo cual se realiza de manera más simple cuando existen normas en el Estatuto Contractual que desarrollan los principios, pero cuando las entidades o el tipo de contratación excepcionalmente no se rigen por la Ley 80 de 1993, como es el caso de las Empresas Sociales del Estado –ESES-, se está ante una dificultad mayor puesto que la concreción de los principios depende, en gran medida, de las formulas, instrumentos y procedimientos contractuales que adopten dichas entidades en sus respectivos manuales internos.

2.2 La necesidad de una delimitación del campo de aplicación de los principios en la contratación de los regímenes exceptuados

Hasta este punto, hemos planteado el contenido de la obligación prevista en el citado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. No obstante, también hemos logrado identificar la dificultad que conlleva la aplicación de los principios que rigen la función administrativa, como normas de textura abierta, en el desarrollo de la actividad contractual de los regímenes exceptuados, pues a diferencia del régimen general establecido en el Estatuto Contractual, no se disponen de reglas precisas que contribuyan a su concreción en los correspondientes manuales internos de contratación.

Este contexto se torna más complejo, cuando se aprecia que los principios propios de la contratación estatal se fundamentan, a su vez, en los principios que rigen la función administrativa, los cuales sí son aplicables a los regímenes excepcionales[179].

Así mismo, se debe tener en cuenta que la actividad contractual del Estado constituye una de las más importantes formas de ejercicio de la función administrativa, por lo que la aplicación obligatoria de los principios que la fundamentan por parte de los regímenes excepcionales, y en el caso específico de las Empresas Sociales del Estado, no constituye un simple *recorderis* sino que

---

específicamente en la jurisprudencia de esta Corporación…" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 del 13 de julio de 2008. M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

[178] En palabras de CASSAGNE: "…los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto…" CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. AbeledoPerrot, Buenos Aires. Página 91

[179] En palabras de ROA SALGUERO y FERRER LEAL: "…no existe diferencia alguna respecto a los principios de la función administrativa frente a los que regulan la contratación estatal, conclusión que deriva del hecho de que la actividad contractual hace parte de la función administrativa desarrollada por las distintas entidades del Estado, y además, del contenido de los artículos 209 de la Constitución Política y 3º de la ley 489 de 1998…" ROA SALGUERO, David Alonso y FERRER LEAL, Héctor Enrique. La falta disciplinaria en la contratación estatal. Ediciones Nueva Jurídica. Página 109

realmente tiene un efecto *ius publicista* en la órbita del Derecho Privado que en estas entidades primordialmente debe prevalecer.

Es oportuno también señalar la eventual responsabilidad en que podrían incurrir los servidores públicos que no apliquen de manera correcta dichos principios en ejercicio de la actividad contractual exceptuada[180]. En este sentido, la Corte Constitucional[181] ha resaltado que cuando el servidor público no cumple los principios enunciados en el artículo 209 constitucional, nace para el Estado el derecho de controlar, por un lado, la legalidad de su actuación por medio de la jurisdicción contencioso administrativa, y de igual forma, la consecuente responsabilidad penal, civil, disciplinaria o laboral que con ocasión a dicha actuación haya incurrido el funcionario.

En este escenario de incertidumbre jurídica, autores como ROA SALGUERO y FERRER LEAL[182] consideran, por ejemplo, que los principios de la contratación administrativa sí resultan aplicables a los regímenes especiales de contratación en razón precisamente a que los principios de transparencia, economía y

---

[180]En efecto, en materia disciplinaria, el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 establece como falta gravísima:
"…31. Participar en la etapa pre-contractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley…"
En el ámbito penal, los principios que rigen la contratación estatal son remisión obligatoria en la conducta punible "contrato sin cumplimiento de requisitos legales", establecida en el artículo 410 del Código Penal. Esta posición ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:
"…Es verdad, como lo destaca el casacionista que la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es de los que la doctrina llama en blanco, es decir, para complementar el tipo penal se debe acudir a otras normas.
Al respecto la jurisprudencia de la Sala ha señalado que de acuerdo con la Constitución Política, el Código Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993, los principios generales orientadores de la actuación administrativa, es decir, los principios de transparencia, economía, responsabilidad, imparcialidad y eficiencia comprenden todas las actividades de tramitación, celebración y liquidación del contrato.
En otras palabras, dentro de la definición de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, están materialmente incorporados también "como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los tramites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas".
En tales condiciones, el carácter esencial de un requisito legal debe ser estudiado no sólo a partir del principio de legalidad sino también de los complementarios, es decir, de planeación, transparencia y escogencia objetiva…" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. M.P: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Sentencia del 9 de abril de 2008. Proceso No 27216.
En cuanto a la responsabilidad fiscal, cabe resaltar que la Constitución Política en su artículo 267 establece que el control sobre la gestión fiscal se fundamenta en principios como la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.
[181] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-917 del 20 de agosto de 2001. M.P ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
[182] ROA SALGUERO, David Alonso y FERRER LEAL, Héctor Enrique. La falta disciplinaria en la contratación estatal. Ediciones Nueva Jurídica. Páginas 137 y 138

responsabilidad protegen los fines del Estado, los cuales además no resultan incompatibles con el Derecho Privado. De este modo, al no encontrarse en este derecho normas sobre procesos de selección, las entidades en la mayoría de los casos terminan incorporando normas similares a las que contiene el Estatuto de Contratación Estatal, incluyendo de contera dichos principios.

Opinión distinta sostiene SANDOVAL ESTUPIÑAN[183], al señalar que los preceptos normativos contenidos en la Ley 80 de 1993 que regulan aspectos específicos y a su vez desarrollan y garantizan la observancia de los principios de la contratación pública, sólo se aplican a las entidades que se rigen por este Estatuto Contractual. En ese orden de ideas, las entidades exceptuadas en sus manuales o reglamentos de contratación deben establecer mecanismos especiales que garanticen la aplicación de los principios constitucionales a que hace referencia el artículo 13 Ley 1150 de 2007, los cuales deben ser diferentes a los que consagra el Estatuto Contractual. Sin embargo al momento de elaborar sus manuales de contratación, existe la tendencia a introducir procedimientos de selección del contratista similares a los establecidos en la Ley 80 de 1993.[184]

En esta discusión, un avance bastante loable lo constituye el trabajo del profesor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS[185], quien señala que del propio texto del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, se deduce que la aplicación de los principios se debe hacer de acuerdo con su régimen especial, lo que implica una adecuación normativa que respete el núcleo esencial de cada principio pero al mismo tiempo reconozca la especialidad del régimen sobre el cual se aplica, resaltando además, que dicha adecuación no equivale a una réplica mecánica del régimen legal establecido en la Ley 80 de 1993.

En el mismo sentido, el profesor TAFUR GALVIS[186], analizando el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado, si bien sostiene la obligatoriedad de aplicación de los principios constitucionales que rigen la función administrativa en aquellas entidades públicas sometidas al Derecho Privado, señala que dichos principios no pueden predicarse, ni todos, ni con la misma intensidad y profundidad en relación con las actividades particulares[187].

---

[183] SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés. Contratación Estatal y Contratación en Salud del Estado Colombiano. Compendio Teórico Práctico. Grupo Editorial Ibañez. 2009. Página 77

[184] Ibídem, página 406 y 407

[185] ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Contratación de Empresas Estatales en Sector de los Servicios Públicos. En Temas de Contratos Estatales. Biblioteca Jurídica Dike, 2010. Página 512

[186] TAFUR GALVIS, Álvaro. La huida de la Administración hacia el derecho privado en Colombia. Página 448. En: "Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al profesor Carlos Holguín Holguín." Ediciones Rosaristas – Biblioteca Jurídica Dike. Primera edición. 1996

[187] Esta posición adquiere mayor relevancia, cuando observamos que el propio Consejo de Estado acepta la aplicación de los principios con diferente intensidad en las distintas modalidades de selección del contratista que existen:

"…Porque si bien es cierto que en todos los procesos de selección de contratistas rigen los principios de la contratación estatal –incluso los de la función administrativa (art. 209 CP.)-, eso no significa que lo hagan de manera idéntica siempre, como parece entenderlo el actor. Es decir, que la publicidad, la selección objetiva y los demás principios que rigen en la contratación tiene en la

Sin embargo, y sin pretender demeritar los aportes doctrinales anteriores, insistimos en que la falta de determinación sobre la manera cómo se deben aplicar los principios en estos regímenes exceptuados es aún latente. Del alcance de dicha aplicación práctica, depende en gran medida la correcta utilización de los recursos públicos que manejan estas entidades, y a su vez, implica la utilización de instrumentos jurídicos que materialicen la agilidad y flexibilidad propias del Derecho Privado por parte de estas entidades con régimen excepcional, pues ello posibilita que el Estado pueda competir en igualdad de condiciones con los particulares en el desempeño de ciertas actividades especiales. De lo contrario resultaría nugatoria la pretensión del legislador de establecer regímenes excepcionales. Ello trasciende aún más, en tratándose de las denominadas Empresas Sociales del Estado, las cuales constituyen la columna vertebral del Sistema General de Seguridad Social en Salud en nuestro país, tal y como será precisado en capítulo siguiente.

Nótese que a partir de la posición sostenida inicialmente por la jurisprudencia y la doctrina, y finalmente por el legislador, si bien se propugna por la aplicación de los principios contenidos en los artículos 209 y 267 constitucionales, no hay uniformidad frente al alcance de su aplicación. Unos afirman que estos se aplican en todas las fases de la contratación, otros que, los que se refieren al

---

licitación pública un alcance distinto que en la selección abreviada, y más aún que en la contratación directa. No obstante, es claro que rigen en todos los procesos, pero en forma matizada: mientras más sencilla es la forma de selección, menos intensos son los principios aplicables a esos procedimientos.

Es así como, se sabe que la licitación utiliza esos principios –y otros más- de manera ampliada, casi hasta los límites posibles de cada uno, pues el contexto en el que se aplican y las etapas donde se desenvuelven, lo facilitan y lo exigen. No obstante, en la contratación directa no se puede pedir la misma intensidad de aplicación, como lo sugiere el actor. Se sabe que en un espacio más reducido -porque en la contratación directa el procedimiento prácticamente está simplificado a su mínima expresión-, la selección objetiva no puede ser idéntica a la que rige en la licitación, donde cualquier persona tiene la posibilidad de presentar ofertas. Lo mismo puede decirse de la publicidad o de la igualdad, y en general de los demás principios legales o constitucionales.

Es legítimo que en este supuesto se disminuya la fuerza natural de los principios, pero eso no significa que desaparezcan, porque siguen actuando, pero en forma reducida, adaptándose a las circunstancias propias de espacios que se sabe no son los mismos que se presentan en la licitación. Es por eso que la objetividad no se puede exigir exactamente como se manifiesta en la licitación pública -donde hay muchas ofertas-, porque en la contratación directa existe un solo participante. De igual forma, la publicidad tampoco rige como lo hace en la licitación, donde aplica hasta en la invitación a presentar ofertas; pero tratándose de la contratación directa es contradictorio considerar siquiera esta posibilidad.

No obstante, se insiste, esto no significa que la contratación directa no deba garantizar aspectos, facetas y espacios posibles de la publicidad, de la moralidad o de la objetividad en la escogencia. De ninguna manera. Simplemente, se exige la que admite y cabe en el proceso simplificado que la ley y el reglamento establecieron. Esto es, se requiere, por ejemplo, que el contratista elegido no lo sea por razones políticas, o de amistad, o de recomendación basada en criterios caprichosos, sino en motivos como la buena calidad del trabajo, la experiencia profesional reconocida, la imagen pública de su actividad profesional, entre otros factores objetivos y criterios de valoración profesional que alejan la arbitrariedad, la subjetividad y el capricho de la selección del contratista, cuando se escoge en forma directa…"CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 7 de marzo de 2011. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)

procedimiento no se aplican, por otro lado, algunos defienden una intensidad menor de aplicación teniendo en cuenta que se trata de un régimen especial, contrario sensu, otros consideran que, en últimas, los regímenes excepcionales se ven obligados a incorporar en sus manuales las normas del Estatuto Contractual pues no existen normas que desarrollen los principios constitucionales en el Derecho Privado. En suma, no existe desarrollo y claridad frente a cómo se traduce en la actividad contractual de estos regímenes especiales la puesta en práctica de los principios constitucionales.

Los regímenes exceptuados, en especial las Empresas Sociales del Estado, claman entonces por una intervención urgente del legislador y de otras esferas estatales, para precisar normativamente la materia, mientras tanto corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia ocuparse del tema mitigando la incertidumbre jurídica que se está presentando.

Este contexto, nos motiva a, seguidamente, desarrollar el alcance de los principios que hacen parte del régimen común, propendiendo por abarcar diversos aspectos que permitan ofrecer mayores herramientas para la puesta en práctica de los mismos, lo cual nos servirá de fundamento para luego concluir, en el último capítulo de la presente investigación, con un análisis particular de las tendencias que se manifiestan en la práctica en la elaboración de los manuales de contratación por parte de las Empresas Sociales del Estado.

2.3 Los principios de la función administrativa

La Constitución Política en su artículo 209[188] desarrolla el concepto de función administrativa, consagrando los principios que rigen esta actividad.

Según la Corte Constitucional[189] y el Consejo de Estado[190], los principios de la función administrativa se dividen en finalísticos (la función administrativa se encuentra al servicio del Estado), organizacionales (descentralización, desconcentración y delegación) y funcionales (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía).

[188] Constitución Política. ARTICULO 209.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.

[189] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999. MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA

[190] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 25 de mayo de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650)

Si bien es cierto, el citado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece el deber de observar los principios del 209 y 267 constitucionales, no por ello se debe entender que sólo sean los expresados en estos artículos los únicos de aplicación obligatoria para los regímenes excepcionales, y en particular para las Empresas Sociales del Estado. Compartimos las voces de la doctrina[191] y la jurisprudencia[192]que han entendido que los principios que rigen la función administrativa no se limitan a los consagrados en estos artículos sino en otros no sólo de rango constitucional sino legal.

En este orden de ideas se encuentran otros principios que son de obligatoria observancia en el ejercicio de la función administrativa, sólo para mencionar por ejemplo, el principio de legalidad, principio de prevalencia del interés general, responsabilidad, entre otros.

---

[191] El profesor SUÁREZ TAMAYO señala que aún las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto de Contratación, por el hecho de ser entidades estatales y por manejar recursos públicos, deben respetar y acatar no sólo los principios del artículo 209 constitucional sino otros que también tienen rango constitucional como los que orientan la gestión fiscal, el de celeridad, el de libertad de empresa, el de planeación, entre otros, porque todos estos orientan la función administrativa. SUÁREZ TAMAYO, David. Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la Contratación Estatal. En: "Temas de Contratos Estatales". Biblioteca Jurídica Dike, 2010. Página 81.

En el mismo sentido, el profesor y Consejero de Estado ZAMBRANO CETINA considera que: "…Para la función administrativa específicamente la Constitución señaló que la misma estaría al servicio de los intereses generales y se desarrollaría con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Así mismo señaló que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. Igualmente que la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (art. 209 C.P.).

A los principios así enunciados, que vinieron a constitucionalizar y a enriquecer buena parte de los que ya el legislador de 1984 había señalado, deben sumarse otros que claramente orientan la función administrativa y que también enuncia la Constitución, como son el principio de buena fe, el principio de responsabilidad y el principio de participación…" ZAMBRANO CETINA, William." Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.". En Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Página 44

[192]"…La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.

Uno de tales principios, por ejemplo, es el de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324)

Así mismo, la Ley 489 de 1998[193] reitera los principios que rigen la función administrativa contenidos en el artículo 209 constitucional, adicionando los principios de buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia, contenidos en otras normas constitucionales.

El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[194] también debe ser tenido en cuenta, pues además de establecer un conjunto de principios que rigen las actuaciones y procedimientos administrativos, amplía el catálogo establecido en el anterior Código, adicionando los principios del debido proceso, igualdad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia y coordinación, otorgándole un alcance concreto a cada uno de ellos.[195]

---

[193]Ley 489 de 1998. ARTICULO 3. PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

[194] Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

[195]Ley 1437 de 2011.ARTÍCULO 3. PRINCIPIOS. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus y non bis in idem.*

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que 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.

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán 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.

7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

La importancia de la observancia de los principios constitucionales en el ejercicio de la función administrativa y su aplicación en las actuaciones de la Administración Pública, se evidencia en la exposición de motivos de la Ley 1437 de 2011:

"…Además de los anteriores fenómenos económicos y jurídicos, la Constitución de 1991, también imbuye al administrador público en un conjunto de principios y finalidades del Estado. El artículo 209 de la C. P. expresa que "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."
Como se observa, la directriz básica del constituyente es que la función administrativa tenga como norte el interés general cuya prevalencia es principio fundante del Estado social de Derecho al lado del respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad entre las personas. (Artículo 1° C. P.).
Esta directriz del artículo 209 concuerda con la enumeración de los fines esenciales del Estado que aparece en el artículo 2°, el cual indica, entre otros, el deber de "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" y define que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades". Se resalta en este punto, la importancia de primer orden que la Constitución y luego la jurisprudencia constitucional, han conferido al listado de derechos fundamentales de las personas y a los mecanismos extraordinarios creados para su cumplimiento efectivo, entre los cuales se destaca el amparo constitucional de la acción de tutela que ha tenido un recurrente uso ante la inoperancia del reconocimiento de los derechos en sede administrativa.
Es, entonces, dentro de ese contexto axiológico y normativo de gran espectro, que la administración pública debe emitir todos sus actos, realizar sus operaciones, celebrar sus contratos, dar sus órdenes, etc., teniendo en cuenta que en esas actividades se cumplan

---

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.
9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.
10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.
11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.
12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.
13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán 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.

los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad…"[196]

Y continúa la exposición de motivos señalando que:

"…La totalidad del nuevo texto del Código está impregnada por los fines esenciales del Estado definidos en el artículo 2° de la Constitución Política, por los principios de la función administrativa estatuidos en el artículo 209 de la C. P. y por otros que, como el principio de buena fe y el principio del debido proceso administrativo, se encuentran igualmente en la C. P. Así, el artículo 1° del proyecto expresa que la finalidad de los procedimientos administrativos es la de proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía del interés general, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y los particulares.
Igualmente el artículo 3° ordena a las autoridades que todas sus decisiones deberán consultar los principios de buena fe, igualdad, imparcialidad, debido proceso, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, cuyo contenido y alcance interpretativo de la ley se explicitan en esta norma como directriz de obligatorio cumplimiento para los servidores públicos…"[197]

El propósito del nuevo Código en relación con la aplicación material de los derechos de los ciudadanos a través de la consagración, explicación y concreción de un catálogo de principios que deben tenerse en cuenta en el ejercicio de la función administrativa, conlleva entonces su imperativa consulta y referencia en el desarrollo de esta parte específica de la investigación.

De igual forma, para efectos de conocer el alcance de los principios que rigen la función administrativa, resulta pertinente tener en cuenta algunas disposiciones de la Ley 1474 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", que desarrollan particularmente los principios de moralidad administrativa y transparencia.

También se debe tener en cuenta para los fines de esta parte de la investigación, el Decreto Ley 019 de 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública", recientemente expedido por el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias otorgadas por la mencionada Ley 1474 de 2011[198]. Esta norma de rango legal se constituye como un verdadero desarrollo de

---

[196] Exposición de motivos Ley 1437 de 2011. Gaceta del Congreso 1173 de 2009. Proyecto de Ley No. 198 de 2009 Senado. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"
[197] Ibídem
[198] Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 75. POLÍTICA ANTITRÁMITES. Para la creación de un nuevo trámite que afecte a los ciudadanos en las entidades del orden nacional, estas deberán elaborar un documento donde se justifique la creación del respectivo trámite. Dicho documento deberá ser remitido al Departamento Administrativo de la Función Pública que en un lapso de treinta (30) días

los principios constitucionales que rigen los trámites y procedimientos administrativos[199].

Teniendo en cuenta lo anterior, de manera enunciativa, desarrollaremos los siguientes principios que rigen la función administrativa y que también se convierten en punto de referencia de aquellas que aplican regímenes excepcionales, como es el caso de las Empresas Sociales del Estado, pues se reitera la exigencia de su observancia por la condición de entidad pública y de manejo de recursos públicos que no cambia por la circunstancia de aplicar normas especiales en su actividad contractual. Esta exigencia como ya se dijo, fue recogida por el propio legislador.

Para ello entonces, metodológicamente iniciaremos el análisis de los principios constitucionales que rigen la función administrativa establecidos en el artículo 209, para luego continuar con aquellos que tienen su fundamento en otras disposiciones de la Carta Política y en otros importantes instrumentos legales, dentro de los que se encuentran, desde luego, los principios que orientan la gestión fiscal, los cuales serán abordados en el acápite inmediatamente siguiente. Como complemento, nos referiremos a algunos principios que han sido desarrollados y precisados por la jurisprudencia y la doctrina.

El alcance de los principios que se desarrollan a continuación, es explicado también desde el punto de vista de la contratación estatal, la cual como ya se ha dicho, constituye una expresión importante del ejercicio de la función administrativa. Por ello, de contera se deben tener en cuenta los principios que propiamente adopta el Estatuto Contractual[200], pues si bien es cierto se podría concluir que no resultan aplicables por tratarse de regímenes exceptuados de la

---

deberá conceptuar sobre la necesidad del mismo. En caso de que dicho concepto sea negativo la entidad se abstendrá de ponerlo en funcionamiento.
PARÁGRAFO 1o. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que en el término de seis meses, contados a partir de la fecha de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
PARÁGRAFO 2o. Las facultades extraordinarias atribuidas en el presente artículo no serán aplicables respecto de trámites relacionados con licencias ambientales.

[199] Decreto Ley 019 de 2012. ARTICULO 1. OBJETIVO GENERAL
Los trámites, los procedimientos y las regulaciones administrativas tienen por finalidad proteger y garantizar la efectividad de los derechos de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades y facilitar las relaciones de los particulares con estas como usuarias o destinatarias de sus servicios de conformidad con los principios y reglas previstos en la Constitución Política y en la ley.
En tal virtud, el presente decreto tiene por objeto suprimir o reformar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la Administración Pública, con el fin de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades, contribuir a la eficiencia y eficacia de éstas y desarrollar los principios constitucionales que la rigen.

[200] "…Son sus tres pilares el trípode sustentador de la Ley, configurado con los principios de transparencia, economía y responsabilidad…" BENDECK OLIVELLA, Jorge. Los pilares fundamentales de la Contratación Administrativa. En "Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa" Primera Edición. Ediciones Rosaristas 1994. Página 18.

Ley 80 de 1993[201], en la medida en que estos son manifestaciones particulares y se relacionan estrechamente con aquellos que rigen la función administrativa en este caso sí de obligatoria observancia, resulta pertinente traerlos a colación[202], en virtud de la relación género-especie que los une.

Claro está, advirtiendo desde ya, que las reglas que desarrollan estos principios aplicables a la contratación estatal pueden servir de orientación al régimen de contratación que establezcan y desarrollen las entidades exceptuadas, en este caso las Empresas Sociales del Estado, pero consideramos que no deberían replicarse en estricto sentido pues haría nugatoria la intención del legislador de dotar a estas entidades de un régimen diferente al establecido en el Estatuto Contractual.

2.3.1 Principio de igualdad

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Carta Política como orientador de la función administrativa, pero a su vez se instituyó como derecho fundamental en el artículo 13 constitucional.[203]

Dentro del pensamiento liberal clásico que fundamentó el modelo inicial de Estado de Derecho, se concibió la igualdad como un concepto meramente formal, es decir, se le garantizaba este derecho a los particulares porque todos eran iguales ante la ley[204], lo cual se enmarcaba perfectamente en dicho modelo estatal que se caracterizaba por su papel pasivo de no intervención bajo la famosa égida del "dejar hacer, dejar pasar".

---

[201] "…En consecuencia, por voluntad del legislador, ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación número: 1263

[202]Como ya se trajo previamente a colación en esta investigación, recordemos las palabras de ROA SALGUERO y FERRER LEAL: "…no existe diferencia alguna respecto a los principios de la función administrativa frente a los que regulan la contratación estatal, conclusión que deriva del hecho de que la actividad contractual hace parte de la función administrativa desarrollada por las distintas entidades del Estado, y además, del contenido de los artículos 209 de la Constitución Política y 3º de la ley 489 de 1998…" ROA SALGUERO, David Alonso y FERRER LEAL, Héctor Enrique. La falta disciplinaria en la contratación estatal. Ediciones Nueva Jurídica. Página 109

[203]Constitución Política. ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

[204] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-442 del 19 de junio de 1992. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sin embargo, con el advenimiento del Estado Social de Derecho se modifica sustancialmente este concepto hablándose entonces ahora de igualdad real o material y ya no exclusivamente de igualdad formal. En ese ámbito sólo es posible la realización de los derechos de los asociados y, a su vez, el cumplimiento de los deberes sociales por parte del Estado que en el nuevo modelo de organización político-administrativo, tiene un papel activo y protagónico en la materialización de los derechos de los ciudadanos.[205]

En este contexto, la Corte Constitucional ha entendido la igualdad como un derecho:

"…objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad…"[206]

La faceta material de la igualdad se traduce en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "acciones afirmativas"[207]. Estas medidas "fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en pro de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos que, por ello, se consideraran discriminadas. Son medidas pues expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas

---

[205] Ver, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 103 del 11 de marzo de 1993. M.P: FABIO MORON DIAZ; Sentencia T-486 del 12 de junio de 2003. M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

[206] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-020 del 28 de enero de 1993. M.P: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Ver también Sentencia C-472 del 23 de julio de 1992. M.P: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

[207] Este tipo de acciones también han sido limitadas por la propia jurisprudencia, evitando que su uso, paradójicamente, se convierta en una herramienta discriminatoria.

"… Así, esta Corporación ha señalado que una medida afirmativa o de discriminación positiva se ajusta a la Constitución si se logra demostrar que: i) tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades[16]; ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio[17]; iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley[18] o por actos administrativos[19], dependiendo de la situación concreta; iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios[20]; v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas[21], por lo que no resultan válidas medidas *in generi* o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos[22]…." CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007. M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables."[208]

Por su parte, el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo también consagra el principio de igualdad en su artículo 3°, numeral 2°. Esta norma establece que, en virtud de este principio, las autoridades administrativas deben dar el mismo trato y protección a las personas e instituciones con quien interactúen. Sin embargo, en concordancia con el criterio de igualdad material desarrollado por la jurisprudencia constitucional arriba señalado, se establece un trato y protección especial para las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Se observa pues, la clara intención de la normatividad administrativa de materializar la cláusula de Estado Social de Derecho.

Como manifestación concreta de este principio en el nuevo Código, encontramos por ejemplo el derecho consagrado en el numeral 6 del artículo 5°:

ARTÍCULO 5. DERECHOS DE LAS PERSONAS ANTE LAS AUTORIDADES. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a:
…6. Recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política…

Así mismo, vale mencionar que el nuevo Código también introduce instrumentos que desarrollan este principio[209]. Nos referimos a las disposiciones contenidas en los artículos 10[210] y 102[211] que consagran, respectivamente, el deber de las

[208]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-389 del 13 de abril de 2005. M.P: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

[209] "…Las autoridades deben tener en cuenta precisamente que al resolver los asuntos de su competencia, deberán aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y que con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas (art. 10).
Se trata de dar plena vigencia en al ámbito administrativo al principio de igualdad, el cual encuentra además en el mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, regulado en el artículo 102 del Código, una herramienta fundamental. Las autoridades deberán, en efecto, extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos…" ZAMBRANOCETINA, William." Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." En Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Páginas 61 y 62

[210] Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA.
Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su

autoridades administrativas de aplicar uniformemente las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos y el deber de extender, a quienes soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial en las cuales se haya reconocido un derecho.

---

competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

[211] Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES.

Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

En suma, en virtud de este principio está prohibido dar un trato diferente a personas que se encuentran en igual situación fáctica,[212]adquiriendo de este modo una especial relevancia en cuanto al ejercicio de función administrativa y particularmente, en el ámbito de la contratación estatal pues se debe garantizar la igualdad evitando un trato discriminatorio entre los oferentes.

En el campo contractual entonces se habla del principio de igualdad de oferentes. En este sentido, la Corte Constitucional[213] ha señalado que el principio de igualdad en el campo de la contratación estatal: "se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público."

Para el Consejo de Estado[214],"el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable".

Siguiendo lo expresado por el profesor GORDILLO[215], la aplicación de este principio excluye cualquier colusión o connivencia entre el oferente y la Administración Pública, que llegue a desvirtuar el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación, permitiendo así la celebración del contrato con quien ofrezca la mejor perspectiva para el interés público.

---

[212]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-491 del 13 de agosto de 1992. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

[213] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-887 del 22 de octubre de 2002. M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

[214] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

[215] GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del Administrado. Primera Edición colombiana 1998. Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, página XI – 18.

El Consejo de Estado[216] ha señalado manifestaciones concretas de este principio en reglas particulares de la contratación estatal, como las siguientes: "**i)** la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; **ii)** la fijación de plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes; **iii)** la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; **iv)** el deber que asume la entidad pública de evaluar todas las propuestas; **v)** la obligación de la Administración de aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos libremente por ella; **vi)** el deber de la entidad pública de evaluar las propuestas bajo los mismos parámetros de ponderación establecidos en los documentos del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras y **vii)** la imposibilidad, para la entidad pública, de variar los criterios de evaluación y su ponderación."

Finalmente, no se puede dejar de mencionar que el Estatuto Contractual adopta normas que desarrollan este principio desde el plano material arriba señalado. Se observa, por ejemplo, como la Ley 1150 de 2007[217] introdujo las denominadas convocatorias limitadas para el beneficio de las Mipymes, en aras de promocionar

---

[216] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 27 de enero de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04175-01(19932)

[217] Ley 1150 de 2007.ARTÍCULO 12. PROMOCIÓN DEL DESARROLLO EN LA CONTRATACIÓNPÚBLICA. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento.
Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes.
En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y, realizarse la selección de acuerdo con las modalidades de selección a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.
PARÁGRAFO 1o. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.
PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.
PARÁGRAFO 3o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen.

el desarrollo mediante la Contratación Pública[218]. Así mismo, el Decreto 1510 de 2013[219] establece, entre los factores de desempate, que el proponente haya vinculado por lo menos un mínimo del 10% de los empleados en condiciones de discapacidad.

La observancia del principio de igualdad en materia contractual permite entonces el respeto de otros principios que orientan la contratación estatal como la buena fe, la transparencia, la imparcialidad, la libre concurrencia y la selección objetiva[220].

---

[218] Decreto 1510 de 2013. Artículo 152. Convocatorias limitadas a Mipyme. La Entidad Estatal debe limitar a las Mipyme nacionales con mínimo un (1) año de existencia la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando:
1. El valor del Proceso de Contratación es menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; y
2. La Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipyme nacionales para limitar la convocatoria a Mipyme nacionales. La Entidad Estatal debe recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la Apertura del Proceso de Contratación.
Artículo 153. *Limitaciones Territoriales.* Las Entidades Estatales pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. La Mipyme debe acreditar su domicilio con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa.
Artículo 154. *Acreditación de requisitos para participar en Convocatorias Limitadas.* La Mipyme nacional debe acreditar su condición con un certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, o el contador, en la cual conste que la Mipyme tiene el tamaño empresarial establecido de conformidad con la ley.
En las convocatorias limitadas, la Entidad Estatal debe aceptar solamente las ofertas de Mipyme, Consorcios o Uniones Temporales formados únicamente por Mipyme y promesas de sociedad futura suscritas por Mipyme.

[219] Decreto 1510 de 2013. Artículo 33. 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.
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:
(…) 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 (…)

[220] El Consejo de Estado ha señalado que: "La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ

2.3.2 Principio de moralidad administrativa

El creciente flagelo de la corrupción[221] provocó una reacción en el constituyente de 1991, lo cual conllevó la consagración de la moralidad administrativa como principio constitucional con una relevancia marcada en el plano del manejo de los recursos públicos. Así lo destacó en su momento el inmolado líder conservador ÁLVARO GÓMEZ HURTADO,[222] integrante de la Presidencia Colegiada de la Asamblea Nacional Constituyente:

"… La recuperación de la moral ha sido siempre la razón última de nuestros más grandes esfuerzos. La hemos convertido quizá en la más elemental de nuestras propuestas a la opinión nacional, y justamente por ello es, entre todas, la más importante. Es este un propósito llamado a tener perdurabilidad; está demostrado que no hay nada más vulnerable a los embates que resquebrajan el sentido y los principios de la moral, que el ejercicio continuado de funciones públicas. La moral en la actividad administrativa es hoy una exigencia de la democracia.
Un número significativo de las disposiciones aprobadas por la Asamblea Constituyente fueron concebidas para anticiparse a los desmanes que violentan las reglas elementales de la ética. En casi todas las nuevas instituciones puede apreciarse, claramente, esa intención. La moral administrativa es una sola, pero tiene diversas manifestaciones específicas. La más importante de estas se refiere a la pulcritud con que deben manejarse los dineros públicos, el patrimonio económico de la Nación…"

Desde el punto de vista constitucional, el principio de moralidad administrativa supera su tradicional concepción del fuero interno[223], y se enmarca en la sociedad

---

ENRÍQUEZ. Sentencia del 19 de julio de 2001. Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

[221] La corrupción ha sido entendida, integralmente por los organismos de control, como la utilización indebida del poder que otorga un cargo público para obtener un beneficio. (Cartilla de competencias en delitos contra la Administración Pública. Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación, USAID Programa Cimientos. Página 5).
MALEM considera que "los actos de corrupción son aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza." En esta definición se entiende el deber posicional como la trasgresión de alguna regla del cargo que ostentan o de la función que cumplen; y el beneficio extraposicional hace referencia a que no es necesario que este sea de carácter económico. (Malem, Jorge (2002) página 35. citado por Gabriel Misas, Mónica Oviedo y Andrea Franco. Un marco analítico para entender la corrupción. En Revista Economía Colombiana. Edición 307. Página 17. Contraloría General de la República. 2005)

[222] GÓMEZ HURTADO, Álvaro. DISCURSO EN LA CLAUSURA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Colección documentos que hicieron un país. Archivo General de la Nación. En* www.banrepcultural.org

[223]"…la moral como reguladora de la conducta del ser humano, entendida como aquellos valores imperantes en un espacio y época determinada y que en principio carecen de poder de coercibilidad frente a quien las infringe, son retomadas por el derecho para convertirlas en normas

en general, la cual espera que el comportamiento de los servidores públicos sea conforme a la pulcritud y a la honestidad.[224]

Expresamente, la Constitución de 1991 consagra la moralidad administrativa como principio en el artículo 209 y, así mismo, como derecho colectivo en los términos del artículo 88[225]. El Consejo de Estado[226] ha diferenciado estos dos ámbitos de acción de la siguiente forma:

"La moralidad administrativa entendida ***como principio orientador*** *del funcionamiento de la organización estatal y, principalmente, de la función administrativa del poder público, encuentra su fundamento en el artículo 209 de la Carta Política(…)En efecto, al ostentar el grado de principio constitucional, la moralidad supone no sólo un esquema axiológico o valorativo a seguir, sino que, además, implica una obligación directa radicada en cabeza de todas las personas que cumplen o ejercen funciones administrativas(…)Así las cosas, la moralidad como principio orientador de la actividad administrativa implica el comportamiento del funcionario o particular que ejerce la función, de conformidad con una serie de parámetros o condiciones determinadas de virtud, honestidad, pulcritud, buena fe, y responsabilidad, que parten de la base del respeto por lo público y por la primacía del interés general.* ***El derecho a la moralidad administrativa*** *constituye, sin lugar a dudas, uno de los principales logros obtenidos a partir de la configuración política del Estado Social de Derecho.* ***En efecto, significa el derecho – deber*** *que tienen todas las personas que hacen parte de la comunidad de respetar y exigir el respeto porque lo público sea orientado de manera idónea, eficiente y transparente, sin que existan ánimos o intereses subjetivos en el manejo de las funciones estatales, sino que, por el contrario, la ejecución de las actividades y tareas públicas se haga atendiendo al interés general, con plena honestidad y pulcritud…"* (negrita y subraya fuera de texto)

Se observa que la moralidad tanto en su faceta de principio así como derecho colectivo, se relaciona íntimamente con los principios de buena fe, responsabilidad, eficiencia, transparencia, garantizando así la primacía del interés general.

---

positivas de obligatorio acatamiento…"CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Sentencia del 16 de marzo de 2006. Radicación número: 70001-23-31-000-2004-00118-02(AP).

[224] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-046 del 10 de febrero de 1994. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

[225] Constitución Política. ARTÍCULO 88.-La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.
También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.
Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

[226] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00509-01(AP)

Refiriéndose a la faceta como principio de la función administrativa, recientemente, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo[227] se pronunció respecto a la independencia que existe entre éste y el principio de legalidad:

"…En ese sentido, para la Sala es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal - en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones desconozcan fundamentos éticos o morales - en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.
En ese contexto, para la Sala resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, la Sala concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.
Corresponderá por lo tanto, en cada caso concreto, establecer si la conducta de los servidores públicos o particulares que desempeñan función administrativa, se puede enmarcar dentro del campo ético que traza el principio objeto de análisis…"

Por su parte, la Corte Constitucional[228] ha señalado un conjunto de instrumentos establecidos por la Carta Política que aseguran el cumplimiento de este principio:

"…el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127,128, 291, 292 C.P.) establece directamente un régimen de inhabilidades incompatibilidades y prohibiciones para el caso de los Congresistas, (arts 179 a 186), así como para el caso del Presidente de la República (art. 197 C.P.) los Magistrados de la Corte Constitucional (art. 240 y 245 C.P.), del Consejo Nacional Electoral (art. 264 C.P.), de los Diputados (art. 299 C.P.) y confiere al legislador competencia para establecer el de los demás servidores (arts.123, 150-23, 253, 279, 293, 312 C.P.) establece diferentes acciones y recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la Ley (arts. 87, 89, 92 C.P.). Particular mención merece el establecimiento de la acción de repetición (art 90 inciso 2) así como las acciones populares (art. 88 C.P.) dentro de cuyo objeto se señala expresamente la defensa de la moralidad administrativa.
En similar sentido ha de recordarse que el control fiscal (art. 267 C.P.), el control disciplinario (art. 277 C.P.), el control interno (art. 209- segundo inciso C.P.) tienen como uno de sus objetivos asegurar precisamente el cumplimiento de los principios enunciados en el artículo 209 superior y dentro de ellos obviamente el principio de moralidad…"

---

[227] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 8 de junio de 2011. Radicación Número: 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP).
[228] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-988 del 29 de noviembre de 2006. M.P: ALVARO TAFUR GALVIS

El desarrollo dado por la jurisprudencia a este principio se ha materializado en algunas disposiciones legales que definen su alcance. En primer lugar, el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo, señala en su artículo 3°, numeral 5°, que: "En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas". La nota característica de esta definición la constituye la exigencia, tanto a los funcionarios como a los particulares, de un comportamiento marcado en valores. El correcto ejercicio de la función administrativa depende entonces, en gran medida también, de las actuaciones de los ciudadanos.

En desarrollo de este contenido del principio de moralidad, el mismo Código establece un conjunto de deberes en las actuaciones que lleven a cabo ante autoridades administrativas.

"…ARTÍCULO 6o. DEBERES DE LAS PERSONAS. Correlativamente con los derechos que les asisten, las personas tienen, en las actuaciones ante las autoridades, los siguientes deberes:
1. Acatar la Constitución y las leyes.
2. Obrar conforme al principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas.
3. Ejercer con responsabilidad sus derechos, y en consecuencia abstenerse de reiterar solicitudes evidentemente improcedentes.
4. Observar un trato respetuoso con los servidores públicos.
PARÁGRAFO. El incumplimiento de estos deberes no podrá ser invocado por la administración como pretexto para desconocer el derecho reclamado por el particular. Empero podrá dar lugar a las sanciones penales, disciplinarias o de policía que sean del caso según la ley…."

Por su parte, el Decreto 019 de 2012 o Nuevo Estatuto Antitrámites consagra en su artículo 3, casi en los mismos términos de la Ley 1437 de 2011, que: "La actuación administrativa debe ceñirse a los postulados de la ética y cumplirse con absoluta transparencia en interés común. En tal virtud, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas". De esta definición se destaca la estrecha relación que el legislador establece con el principio de transparencia.

En cuanto a la manifestación concreta de este principio en materia contractual, el Consejo de Estado[229]considera inmoral "toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta; en este sentido, existe una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder, pero entendida en su componente ético como la necesidad de exigencia de desenvolvimiento del servidor público dentro los auténticos propósitos del servicio público, con toda

[229] CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

honestidad, concepto del cual no escapa la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos, como que configura una típica acción de la Administración que puede violar ese principio y, por lo mismo, amenazar o causar agravio a ese derecho o interés colectivo".

Dentro de las manifestaciones de este principio en la contratación estatal encontramos el estricto régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto, que en virtud el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 se hace extensible a las entidades exceptuadas de las normas generales sobre contratación pública. Por ello, al aplicar este régimen, las entidades exceptuadas estarían dando alcance a este importante principio.

En el plano contractual, vale la pena también señalar que la Ley 1474 de 2011, introduce importantes normas sobre vigilancia y supervisión, para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública las cuales expresamente constituyen desarrollo de este principio[230].

Se aprecia entonces la utilidad del principio de prevalencia del interés general como parámetro para dilucidar, en cada caso particular de la actividad contractual, una posible violación al principio de moralidad administrativa.

---

[230]Ley 1474 de 2011.ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.
La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.
La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.
Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.
El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.
PARÁGRAFO 1o. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.
PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (negrita y subraya fuera de texto)
ARTÍCULO 84…
ARTÍCULO 85…

2.3.3 Principio de eficacia

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución de 1991. Siguiendo lo prescrito por el mencionado artículo 3°, numeral 11°, del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del principio de eficacia, se debe tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos. En este sentido, las irregularidades procedimentales en sede administrativa deberán ser saneadas en busca de la prevalencia y efectividad del derecho material objeto de la actuación correspondiente.

Frente a este principio se evidencia el tratamiento preponderante ya señalado que el legislador, a través de la Ley 1437 de 2011, quiso imprimir a los derechos de los ciudadanos, extendiendo en este caso al ejercicio de la función administrativa, el postulado constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal consagrado para la administración de justicia[231].

Es claro entonces que este principio está encaminado a que la Administración cumpla con los deberes que el ordenamiento jurídico le impone, para lo cual debe adecuar sus procedimientos administrativos, y demás formas de actuación, de tal manera que estos sean instrumentos de materialización de los derechos de los ciudadanos y no lo contrario, privilegiando, se insiste, lo sustancial sobre lo formal. Se constituye pues este principio como fundamental en el nuevo rol de humanización de la relación Administración-Persona.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra novedosamente en su artículo 7°[232] un conjunto deberes de las

[231]Constitución Política. ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

[232]Ley 1437 de 2011.ARTÍCULO 7°. DEBERES DE LAS AUTORIDADES EN LA ATENCIÓN AL PÚBLICO.
Las autoridades tendrán, frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, los siguientes deberes:
1. Dar trato respetuoso, considerado y diligente a todas las personas sin distinción.
2. Garantizar atención personal al público, como mínimo durante cuarenta (40) horas a la semana, las cuales se distribuirán en horarios que satisfagan las necesidades del servicio.
3. Atender a todas las personas que hubieran ingresado a sus oficinas dentro del horario normal de atención.
4. Establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6 del artículo 5° de este Código.
5. Expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario donde la respectiva autoridad especifique todos los derechos de los usuarios y los medios puestos a su disposición para garantizarlos efectivamente.

autoridades en la atención al público. Estas disposiciones normativas sin duda alguna velan por la protección, entre otros, del principio de eficacia.

Adicionalmente, como complemento del alcance de este principio se debe tener en cuenta que el artículo 5° establece expresamente, como un derecho de todo ciudadano:

"Artículo 5. Derechos de las personas ante las autoridades.
En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a:
…4. Obtener respuesta oportuna y ***eficaz*** *a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto…"* (negrita y subraya fuera de texto)

La Corte Constitucional[233] ha diferenciado este principio de la mera efectividad, pues en este caso la Administración cumple con las reglas pero no con los objetivos, por lo que se debe equiparar más bien a la eficiencia, ya que en esta sí se cumplen los objetivos y además a través de los mejores medios posibles.

Así mismo, esta Corporación[234] ha señalado que este principio "guarda relación con el deber que tienen las autoridades de adecuar su conducta para lograr el cumplimiento de los fines del Estado, según lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución, que enuncia entre ellos el de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, objetivos que no pueden alcanzarse si la administración mantiene una actitud apática y de indiferencia ante los justos requerimientos de los administrados que, en cuanto personas, constituyen la razón de ser de la organización estatal."

A partir entonces de los artículos 2[235] y 209[236] constitucionales, se impone "a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales"[237]

---

6. Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 5° de este Código.
7. Atribuir a dependencias especializadas la función de atender quejas y reclamos, y dar orientación al público.
8. Adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos.
9. Habilitar espacios idóneos para la consulta de expedientes y documentos, así como para la atención cómoda y ordenada del público.
10. Todos los demás que señalen la Constitución, la ley y los reglamentos.

[233] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-056 del 14 de febrero de 1994. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

[234] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-206 del 26 de abril de 1994. M.P: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

[235]Constitución Política. ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

El verdadero acatamiento de este principio va más allá del simple cumplimiento de las disposiciones normativas por parte del funcionario, implicando entonces una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión en la persona destinataria de la acción o de la abstención estatal. El Estado Social de Derecho impone a los funcionarios una atención especial a la persona y a sus particulares circunstancias[238].

El Consejo de Estado[239] ha señalado que este principio busca que "dentro de los límites de lo razonable, todo procedimiento de la Administración se encamine de modo tal que procure el cumplimiento efectivo de sus fines. En ese sentido no será eficaz un procedimiento administrativo que se considere incompleto o inacabado, por no comprender aspectos fácticos ineludibles o de considerable trascendencia en el resultado del mismo, pues es claro que, en esas condiciones, no sería posible el logro, en debida forma, de la finalidad objetivamente prevista en la ley para dicho procedimiento."

En materia contractual, el Consejo de Estado[240] ha enfocado este principio a la etapa de selección del contratista, pues los procedimientos establecidos deben lograr su finalidad, encontrando su sustento en el principio de economía, el cual busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines, al tenor del artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[236]Constitución Política. ARTICULO 209. 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.

[237] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-068 del 5 de marzo de 1998, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

[238] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-220 del 4 de mayo de 1994. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

[239] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. C.P: DARIO QUIÑONES PINILLA. Sentencia del 16 de marzo de 2006. Radicación número 11001-05 (3194)

[240]"…En virtud del principio de eficacia: se tendrá en cuenta que los procedimientos de selección contractual deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Al igual que los anteriores encuentra sustento en el principio de economía en la contratación pública, el cual propende por la obtención de los resultados que se buscan con esta actividad, es decir, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993)…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

2.3.4 Principio de economía

Este principio se encuentra consagrado por al artículo 209 de la Constitución Política. De acuerdo con lo señalado por el artículo 3°, numeral 12, del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud de este principio las autoridades deberán actuar con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de los ciudadanos.

A su vez, el artículo 5 del Decreto Ley 019 de 2012 o Estatuto Antitrámites, establece frente al principio de economía en las actuaciones administrativas lo siguiente:

"…Las normas de procedimiento administrativo deben ser utilizadas para agilizar las decisiones; los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos; las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales. En tal virtud, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas…"

Esta norma recoge el contenido del principio de economía según el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, pero también retoma el alcance sobre este principio que establecía el Código derogado[241]. Frente a esta norma consideramos que, lejos de ser negativa la inclusión del texto derogado, ello resulta más conveniente para que los ciudadanos y los funcionarios comprendan en toda su extensión el alcance de este principio.

Según la Corte Constitucional, el principio de economía "constituye una orientación para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo".[242]

Este principio se dirige a evitar la ineficacia e ineficiencia de la función administrativa, siendo además el fundamento para que las actuaciones de la Administración estén imprimidas de celeridad. Su observancia genera, de contera, una constante búsqueda de calidad en el desempeño de sus funciones por parte de los servidores públicos y, adicionalmente, una cultura de apego a la legalidad,

[241]Decreto Ley 01 de 1984. Artículo 3°… En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

[242] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-649 del 13 de agosto de 2002. M.P: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, posición reiterada en la Sentencia C-849 del 17 de agosto de 2005. M.P: ALVARO TAFUR GALVIS

en el sentido de exigir a los particulares sólo los requisitos estrictamente necesarios en el desarrollo de los procedimientos administrativos.

Los servidores públicos no son los amos de la Administración, sólo son los instrumentos que llevan a cabo sus funciones en los precisos términos establecidos previamente por el ordenamiento jurídico. Recordemos que los funcionarios administrativos no crean derecho sólo lo aplican.

Por su parte la Ley 80 de 1993 en su artículo 25[243] consagra este principio como orientador de la contratación pública, estableciendo una veintena de obligaciones

[243]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:
1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.
2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.
3o. Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.
4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.
5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.
6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.
7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.
8o. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.
9o. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.
10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento**.**
11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.
De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9o. y 313, numeral 3o. de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales autorizarán a los gobernadores, y alcaldes respectivamente, para la celebración de contratos.
12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.
Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que

que lo desarrollan y materializan. Partiendo de la agrupación elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado[244], pero desde luego complementándola con anotaciones propias, las reglas que desarrollan el principio de economía se pueden clasificar de la siguiente manera:

---

permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.
PARÁGRAFO 1o…
PARÁGRAFO 2o…
13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios…
…20. Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado**.**

[244]"…En primer lugar, se resalta que el principio de economía, implica la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, para lo cual el administrador debe interpretar las normas de los procedimientos de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias (art. 25 No. 2). Así mismo, se debe tener en consideración que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados (art. 25 No. 3).
Igualmente, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial las autoridades no pueden exigir sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales; la 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 (No. 15 art. 25[86]); y la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y deberá declararse en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión (art. 25 No. 18).
En segundo lugar, y como corolario del debido proceso, en los procesos de selección deben cumplirse únicamente las etapas estrictamente necesarias con el fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable; además, con este mismo propósito los términos son preclusivos y perentorios y las autoridades están en la obligación de dar impulso oficioso a las actuaciones (art. 25 No.1)[87]. Bajo este mismo criterio de eficiencia, son deberes de las entidades públicas adelantar los trámites con austeridad de tiempo, medios y gastos, impidiendo las dilataciones y los retardos (art. 25 No. 4); abstenerse de someter el acto de adjudicación del contrato a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, o a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en el estatuto (No. 8 art. 25), y adoptar procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo del proceso de selección y celebración del contrato se presenten (No. 5 art. 25).
En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25)…CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 diciembre de 2007. Radicación número: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715)

1) Aquellas que desarrollan el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, en el marco del principio de eficacia y eficiencia[245]:

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

…3. Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, contínua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

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

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

2) Aquellas relacionadas con el principio de celeridad que a su vez se constituye como una garantía del principio del debido proceso[246]:

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

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

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

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

---

[245] "…Cabe de entrada precisar que este principio tiene diversos matices según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos, que propenden por una administración eficaz y eficiente de la contratación pública, es decir, de una parte, con las reglas establecidas en esta norma inspirada en el principio de economía se busca obtener los fines de la contratación (eficacia), pero, de otra, maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos (eficiencia), en el marco de actuaciones administrativas ágiles, celeras, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y requisitos innecesarios…"CONSEJO DE ESTADO. Ibídem

[246] "…16. Esta Corporación ha explicado que el derecho al debido proceso se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses ya sea de los sujetos procesales, o de la colectividad a una pronta y cumplida justicia. Entre ellas, el artículo 29 de la Constitución, en forma explícita consagra tanto el principio de celeridad, como el derecho de contradicción y controversia probatoria. Al respecto dicha norma señala que toda persona tiene derecho *"a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"…"*CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 del 11 de mayo de 2011 M. P: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

…11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.
De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9o. y 313, numeral 3o. de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales autorizarán a los gobernadores, y alcaldes respectivamente, para la celebración de contratos
…16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley.
…17. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas.
Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro en la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación.

3) Las que se establecen en cumplimiento de los principios de planeación y buena fe:
…6. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.
…7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.
…12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.
Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.
PARÁGRAFO 1o…
PARÁGRAFO 2o…
…13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.
…14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.
…20. Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.

4) Las que desarrollan los denominados principios organizacionales de la función administrativa[247]:
…9. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.
…10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento**.**

Cabe resaltar que el citado artículo 25, consagraba en su numeral 19[248] la regla según la cual el contratista debe prestar garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones contractuales al igual que la garantía de seriedad de la oferta. La Ley 1150 de 2007 derogó esta disposición e introdujo otra norma que estableció el nuevo régimen de garantías[249], tema de la contratación estatal[250] que sin lugar a dudas constituye una manifestación del principio de economía.

---

[247] Según la Corte Constitucional, los principios de la función administrativa se dividen en finalísticos (la función administrativa se encuentra al servicio del Estado), organizacionales (descentralización, desconcentración y delegación) y funcionales (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía).CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999. M.P: ALFREDO BELTRÁN SIERRA

[248]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:
…19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.
Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.
La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.
Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.
Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada.

[249]Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 7. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.
Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.
El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en

Se observa entonces la relación estrecha del principio de economía con otros como la eficacia y la celeridad en cuanto a su finalidad. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional:

"…Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo…"[251].

Finalmente, en sumisión a este principio como se mencionó con anterioridad, se debe destacar que los términos que se establecen en la ley o en los correspondientes pliegos de condiciones son preclusivos y perentorios, por lo que una vez cumplidos se pierde la oportunidad para realizar la actividad contractual respectiva.[252]

Se insiste que dichas normas pueden servir de orientación al régimen de contratación que establezcan y desarrollen estas entidades, pero consideramos que no deberían replicarse en estricto sentido pues haría nugatoria la intención del legislador de dotar a estas entidades de un régimen diferente al establecido en la Ley 80 de 1993.

---

que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.
El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.
Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.
PARÁGRAFO TRANSITORIO. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.

[250]"…La cláusula de garantía incorporada en los contratos celebrados por la Administración es obligatoria y de orden público, por cuanto es un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal, cual es la satisfacción del interés general, así como del patrimonio público; en efecto, por una parte, asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y, por otra, protege el patrimonio estatal del daño derivado del incumplimiento, o cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones por parte del contratista…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 23 de febrero de 2012. Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810)

[251]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 del 27 de enero de 1999. M.P: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

[252] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1991-7466-01(12960)

2.3.5 Principio de celeridad

Este principio también es consagrado por el artículo 209 constitucional. Según las voces del artículo 3°, numeral 13, del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este principio se manifiesta en el deber que tienen las autoridades de impulsar oficiosamente los procedimientos. Se resalta que se incluye dentro del alcance de este principio el deber de las autoridades de incentivar el uso de las denominadas tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), con la finalidad de imprimir diligencia a sus actuaciones, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

Por su parte el artículo 4° del Decreto 019 de 2012 o Estatuto Antitrámites, definiendo el alcance de este principio señala lo siguiente:

ARTICULO 4. CELERIDAD EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.
Las autoridades tienen el impulso oficioso de los procesos administrativos; deben utilizar formularios gratuitos para actuaciones en serie, cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y cuando sea asunto de su competencia, suprimir los trámites innecesarios, sin que ello las releve de la obligación de considerar y valorar todos los argumentos de los interesados y los medios de pruebas decretados y practicados; deben incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a efectos de que los procesos administrativos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas; y deben adoptar las decisiones administrativas en el menor tiempo posible.

Al igual que lo señalado en relación con el principio de economía, la norma transcrita básicamente recoge el contenido del principio dispuesto por el mencionado artículo 3° del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, retoma también el alcance que sobre este principio establecía el Código derogado[253]. Reiteramos nuestra consideración en el sentido que, lejos de ser negativa la inclusión del texto derogado, ello resulta más conveniente para que los ciudadanos y funcionarios comprendan en toda su extensión el alcance de este principio.

Según la Corte Constitucional[254], el principio de celeridad "…comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios…"

---

[253]Decreto Ley 01 de 1984. Artículo 3°…En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.
El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

[254] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-731 del 27 de noviembre de 1998. M.P: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Así mismo, el Consejo de Estado[255]ha resaltado en materia contractual la relación que existe entre el principio de economía y el principio de celeridad: "…ii). En virtud del principio de economía: Se debe tener en cuenta que las normas que fijan los procedimientos de selección contractual se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. Y por el principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello revele a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. Como se aprecia, estas nociones, en realidad se fusionan en el concepto del principio de economía de la contratación pública"

2.3.6 Principio de imparcialidad

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, aunque también se proyecta en otras disposiciones.[256]

Según el artículo 3°, numeral 3°, del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, no se tendrán en cuenta factores de afecto, interés o cualquier clase de motivación subjetiva. En resumen este principio impone a las autoridades administrativas un tratamiento igual a las personas.[257]

---

[255] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

[256] "…De la misma manera este principio de imparcialidad se proyecta en otras disposiciones constitucionales, como aquellas que prevén directamente mecanismos para garantizar su efectivo cumplimiento, como es el caso de las inhabilidades e incompatibilidades (arts. 122, 126, 127, 292, 293) y la consagración del conflicto de intereses previsto como causal de pérdida de investidura para los congresistas (art. 183), a quienes se les impone el deber de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración[256]. Para efectos de su desarrollo normativo, se confiere a la ley la determinación de lo relacionado con los conflictos de intereses y recusaciones (art. 182)…"CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: GUSTAVO APONTE SANTOS. Concepto del 17 de mayo de 2007. Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00035-00(1822)

[257] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-487 del 11 de mayo de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

La Corte Constitucional[258] ha señalado que el respeto al principio de imparcialidad garantiza a su vez la protección del principio del debido proceso y la legitimidad de la decisión del servidor público, "…cualquier decisión judicial o administrativa, es la concreción de un orden normativo abstracto a una situación particular y específica, lo que impone que el juez o servidor público, sea que actúe en primera o segunda instancia, intervenga con la más absoluta imparcialidad, despojado de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico, ya sea por haber emitido concepto previo sobre el asunto sometido a su consideración, o por la presencia de alguna de las causales de impedimento previstas en la ley, como la existencia de vínculos de parentesco o amistad íntima con una de las partes, o de un marcado interés personal en la decisión, etc…"

En este sentido, el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en desarrollo concreto de este principio, consagra un régimen de conflicto de intereses estableciendo un conjunto de causales[259]respecto de la cuales las autoridades administrativas deben declararse

[258]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 del 11 de febrero de 2003. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

[259]Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 11. CONFLICTOS DE INTERÉS Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.
2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.
4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.
5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.
6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.
7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.
8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.
9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las

impedidas o en su defecto pueden ser recusadas, cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público.

En materia contractual, específicamente respecto a los mecanismos de selección del contratista y como desarrollo del derecho a la igualdad, el Consejo de Estado[260] ha señalado que el principio de imparcialidad, "significa el deber de transparencia de la administración de actuar sin designio anticipado o prevención a favor o en contra de un posible oferente o participante por algún motivo o factor subjetivo de segregación irrazonable y desproporcionado, esto es, que no tengan una justificación objetiva y proporcional que fundamente el trato diferente".

Así mismo, en el ámbito de la contratación estatal y aunado al principio de transparencia, la Corte Constitucional[261] ha señalado que el principio de imparcialidad juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, cumpliendo por un lado una función negativa pues se constituye como un límite a las actuaciones tanto de la Administración como del administrado, y adicionalmente una positiva, en la medida en que garantiza que el interés general sea la constante finalidad del accionar estatal.

---

personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.
10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.
11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.
12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.
13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.
14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.
15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.
16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición.

[260] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

[261] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-429 del 4 de septiembre de 1997. M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Es indudable entonces la relación directa que existe entre este principio y otros específicos de la contratación estatal como el debido proceso, la selección objetiva, la transparencia y la igualdad de oferentes.

2.3.7 Principio de publicidad

Este principio también se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Nacional. Según lo dispuesto en el artículo 3°, numeral 9°, del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud de este principio las autoridades tienen el deber de dar a conocer, de forma sistemática y permanente, sus decisiones (actos, contratos y resoluciones) mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena el ordenamiento jurídico, sin que para ello exista la necesidad de mediar petición alguna. Se incluye, igualmente, el empleo de tecnologías para difundir masivamente la información. Finalmente, según esta disposición normativa cuando el interesado deba pagar el costo de la publicación, éste no puede exceder en ningún caso el valor de la misma.

En desarrollo de este principio, el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en su artículo 8° el deber de las autoridades, sin requerir para ello de la presencia del interesado, de: "mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos: 1. Las normas básicas que determinan su competencia; 2. Las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan; 3. Las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad; 4. Los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos; 5. Los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate; 6. Las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos; 7. La dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo y; 8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general".

La Corte Constitucional ha considerado que sólo a partir del respeto al principio de publicidad se puede exigir el cumplimiento obligatorio de las normas jurídicas.[262]

[262]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-161 del 17 de marzo de 1999, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

De este modo, en tratándose de actos administrativos, a partir de la observancia del principio de publicidad se puede determinar su entrada en vigencia, garantizando así la oponibilidad por parte de los ciudadanos legitimados para tal efecto.[263]

Este principio posibilita entonces que en un procedimiento administrativo, las partes en igualdad de condiciones, puedan ejercer las garantías del principio del debido proceso,[264] por lo que también resulta necesario en desarrollo del principio de publicidad, cumplir con el deber de motivar las decisiones.[265]

Igualmente, es preciso anotar que en la Teoría General del Acto Administrativo[266], tanto en el derecho francés como en el derecho colombiano, los actos administrativos tienen fuerza vinculante, es decir, adquieren eficacia, cuando se cumplen con los requisitos de publicación o de notificación del acto.[267]

---

[263]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-646 del 31 de mayo de 2000. M.P: FABIO MORON DIAZ

[264]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-690 del 9 de julio de 2008. M.P: NILSON PINILLA PINILLA

[265] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Consejera ponente: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON. Sentencia del 3 de junio de 2010. Radicación numero: 11001-03-28-000-2009-00043-00

[266]SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. El acto administrativo. Teoría General. Tercera edición. Legis. 2004. Página 122

[267] Frente a este aspecto, y resaltando la diferencia entre los denominados requisitos de existencia y validez y de los requisitos de eficacia de los actos administrativos, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente: "… es preciso recordar que una cosa es la validez del acto administrativo y otra muy distinta su eficacia, dado que se trata de fenómenos que obedecen a condiciones y requisitos diferentes y que, por lo mismo tienen diversas consecuencias, habida cuenta que mientras la validez representa la existencia de un acto administrativo que cumplió con todos los requisitos legales para surgir al tráfico jurídico y que, en consecuencia, goza de la presunción de legalidad que sólo puede ser desvirtuada por el juez contencioso administrativo, único competente para declarar la nulidad del acto, la eficacia, que no es otra cosa que la posibilidad de producir los efectos para los cuales fue proferido el acto y que no depende del lleno de los requisitos de existencia del mismo sino de la forma en que se haya llevado a cabo su publicidad, la cual se convierte en un requisito indispensable para investir de obligatoriedad a las decisiones administrativas. De ahí que el Capítulo X de la Parte Primera, Título I del Código Contencioso Administrativo, que regula lo concerniente a las publicaciones, comunicaciones y notificaciones de los actos administrativos, como formas de darle publicidad a las decisiones administrativas, haya estipulado en el artículo 48, que: "Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga con ella o utilice en tiempo los recursos legales. Esta disposición constituye una aplicación práctica del principio de publicidad de las actuaciones administrativas, consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo y que representa una garantía para los administrados, en el sentido de que no habrá actuaciones ocultas o secretas de las autoridades y que las decisiones que los afecten serán conocidas por ellos para que puedan ejercer, en debida forma, el derecho de contradicción y de defensa frente a las mismas; respecto de los actos administrativos de carácter particular y concreto, es la notificación personal el medio idóneo para dar a conocer la decisión a su destinatario y darle la oportunidad de intervenir en defensa de sus derechos; su ausencia, o la indebida notificación personal, conducen a la inexigibilidad de la decisión administrativa, es decir que frente al administrado, no resulta obligatoria ni se le puede oponer. De lo anterior se desprende que, no obstante existir un acto administrativo investido de la presunción de legalidad,

Siguiendo esta línea, el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra como prohibición la demora en forma injustificada de la comunicación o notificación del acto administrativo.[268]

En relación con los contratos que celebra el Estado, para la Corte Constitucional[269] este principio "tiene como finalidad realizar una comunicación masiva que tiene por objeto informar, persuadir y conseguir un comportamiento determinado de las personas que reciben esta información", principio que nuestra legislación sobre contratación estatal recoge en un conjunto de reglas que lo instrumentalizan."

Según el Consejo de Estado,[270] desde el punto de vista de la contratación pública, la aplicación de este principio indica que, "los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones. La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública. Este principio también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley".

El principio de publicidad tiene una significativa importancia en el ejercicio de la función administrativa, y particularmente en la contratación estatal, en la cual permite el respeto de otros principios como el debido proceso, buena fe, imparcialidad, libre concurrencia, igualdad y trasparencia.

Finalmente, cabe anotar que el Estatuto Contractual prevé algunas reglas que de manera específica desarrollan este principio, por ejemplo en relación con la licitación: i) Se establece como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades,

---

porque se asume que fue expedido con el lleno de todos los requisitos legales y por lo tanto resulta apto para ser ejecutado, el mismo no es oponible al administrado, en la medida en que el mismo no haya sido puesto en su conocimiento en la forma indicada por la ley, lo cual se explica si se tiene en cuenta que nadie puede ser obligado a dar cumplimiento a una disposición que desconoce…"CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 8 de marzo de 2007. Radicación número: 85001-23-31-000-1999-00500-01(16228)

[268]Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 9. PROHIBICIONES. A las autoridades les queda especialmente prohibido:

…10. Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación…

[269]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-384 del 13 de mayo de 2003. M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

[270]CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable[271]; ii) Se ordena su apertura por medio de acto administrativo motivado[272]; iii) Dicha apertura se publica mediante avisos, en la página web de la entidad y en el SECOP o en su defecto, se leerá por bando y se fijarán avisos en los principales lugares públicos[273]; iv) las adendas que modifiquen el pliego de condiciones deben publicarse en días hábiles y en horarios laborales[274]; v) Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes[275]; vi)La adjudicación se realiza obligatoriamente en audiencia pública.[276]

---

[271]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:
…PARÁGRAFO. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

[272]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:
1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado…

[273]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:
…3o. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.
En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.
Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación.

[274]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o se efectuará conforme a las siguientes reglas:
5o. El plazo de la licitación, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.
Inciso 2o. Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.

[275]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:
…8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

[276] Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se

De igual manera, el Estatuto Contractual establece la obligación a las entidades de publicar la parte resolutiva de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren unilateralmente el incumplimiento,[277] como también la obligación de publicar los estudios previos y los proyectos de pliegos de condiciones[278].

Particularmente, cabe resaltar que la Ley 1150 de 2007 incorporó la contratación pública electrónica, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999[279], posibilitando de este modo que la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, incluyendo los respectivos trámites, notificaciones y publicaciones, se realicen por medios electrónicos.

Para estos efectos creó el denominado Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP[280], el cual es administrado por la Agencia Nacional de Contratación Pública[281] y se encuentra reglamentado por el Decreto 1510 de 2013.

---

hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia…

[277] Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 31. DE LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS Y SENTENCIAS SANCIONATORIAS. La parte resolutiva de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación.

[278] Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 8. DE LA PUBLICACIÓN DE PROYECTOS DE PLIEGOS DE CONDICIONES, Y ESTUDIOS PREVIOS. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna.

La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.

Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos.

[279] "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones."

[280] Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 3. DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

Con la supresión del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal –SICE- y del Diario Único de Contratación, a través del Decreto Ley 019 de 2012[282], mejor conocido como el Estatuto Antitrámites, el SECOP se constituye como el principal mecanismo de publicidad de las actuaciones precontractuales y contractuales[283].

---

a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento;
b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;
c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;
d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.
PARÁGRAFO 1o. En ningún caso la administración del Secop supondrá la creación de una nueva entidad.
El Secop será administrado por el organismo que designe el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía que respecto del SICE confiere la Ley 598 de 2000 a la Contraloría General de la República.

[281]Decreto Ley 4170 de 2011. ARTÍCULO 3. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente - ejercerá las siguientes funciones:
…8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP- o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.

[282]Decreto Ley 019 de 2012.ARTÍCULO 222. SUPRESIÓN DEL SICE, GRATUIDAD Y SISTEMA DE ANÁLISIS DE PRECIOS. Derogase la Ley 598 de 2000, la cual creó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación estatal, SICE, el Catalogo Único de Bienes y Servicios CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia PURF, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública.
En desarrollo del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, la Contraloría General de la República podrá obtener un análisis de precios de mercado de valor de los contratos que se registran en los sistemas de información o en los catálogos existentes sobre la contratación pública o privada, nacional o internacional; en virtud de lo cual, existirán los sistemas de registros de precios de referencia y los catálogos que las necesidades de análisis de precios aconsejen, para racionalizar la vigilancia a los precios de la contratación.
ARTICULO 223. ELIMINACION DEL DIARIO UNICO DE CONTRATACIÓN.A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicaran en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. En consecuencia, a partir de dicha fecha los contratos estatales no requerirán de publicación en el Diario Único de Contratación y quedarán derogados el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los artículos 59, 60, 61 y 62 de la ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

[283] Decreto 1510 de 2013. ARTÍCULO 19. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.
La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el

2.3.8 Principio de coordinación

Este principio, que ha sido tradicionalmente tratado más como principio de la organización administrativa que del procedimiento administrativo,[284]se encuentra consagrado en el segundo inciso del artículo 209 de la Constitución Política el cual señala que: "Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado".

Así mismo, este principio encuentra fundamento en el artículo 113 constitucional, el cual establece que los órganos del Estado tienen funciones separadas pero deben colaborar armónicamente para la realización de sus fines.

Por su parte, el artículo 6° de la Ley 489 de 1998 señala que en virtud de este principio las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales, En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

A su vez, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ratifica este principio, como orientador de las actuaciones y procedimientos administrativos, señalando que su observancia implica que las autoridades deben concertar sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

Este principio tiene especial incidencia en materia de ordenamiento territorial. Así, la Constitución Política en su artículo 288 señala que: "Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley"

En consecuencia, la recientemente expedida Ley 1454 de 2011 o Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial[285], en su artículo 27, numeral 1°, también consagra el principio de coordinación disponiendo que: "…La Nación y las entidades territoriales deberán ejercer sus competencias de manera articulada, coherente y armónica. En desarrollo de este principio, las entidades territoriales y demás esquemas asociativos se articularán, con las autoridades nacionales y regionales,

---

Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 23 del presente decreto.

[284] BREWER CARIAS, Allan R. Los principios del procedimiento administrativo en la ley 1437 de 2011 a la luz del derecho comparado Latinoamericano. Página 131. En Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011.

[285]Ley 1454 de 2011 "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones"

con el propósito especial de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos como individuos, los derechos colectivos y del medio ambiente establecidos en la Constitución Política…"

Si bien es cierto, la aplicación de este principio se estructura entre entidades estatales, en materia de contratación estatal consideramos que resulta perfectamente aplicable, y además necesario, entre las diferentes dependencias que desarrollan funciones en torno a la actividad contractual ya sea en la etapa precontractual, en la celebración y ejecución del contrato y finalmente en la etapa postcontractual.[286]

De este modo, en el ámbito de la contratación estatal este principio incide determinantemente en el régimen de responsabilidad en materia de delegación.

---

[286]Recordemos que la Ley 80 de 1993, posibilita la distribución de las funciones en la entidad estatal:
"…ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.
En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.
PARÁGRAFO. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.
ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:
…"9. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento."
Al respecto, la Corte Constitucional señala lo siguiente:
"…7. El funcionamiento de la administración pública está apoyado en tres principios: "división técnica del trabajo y especialización, complementariedad y jerarquía".
La estructura funcional de las entidades públicas permite la participación de un conjunto de funcionarios que, en mayor o menor grado y/o número, intervienen en los procesos decisorios. El modelo de organización de las entidades públicas corresponde a la división de funciones por cargo (C.P., arts. 6º, 122 y 124), en donde no se encuentra la asignación individual de procesos sino más bien la participación fragmentada y acumulativa en procedimientos, lo cual hace que la decisión administrativa en una entidad estatal sea el resultado de una serie de etapas y actuaciones en las cuales participan varios empleados, en ocasiones de diferentes dependencias.
Es el caso de la contratación estatal pues, en consideración a la naturaleza de la función, la celebración de un contrato estatal está precedida de un complejo, detallado y acumulativo proceso de participación de funcionarios y especialistas, en ocasiones también de particulares, orientados todos ellos por una visión parcial del resultado que persigue la entidad, con cuya labor se estructura progresivamente la decisión a adoptar.
…Si bien la titularidad de la contratación estatal ha sido radicada por el legislador en el jefe o representante legal de la entidad, esta circunstancia no excluye que, por la naturaleza y el nivel del empleo y por el tipo de atribuciones a cargo de este funcionario, pueda él, cuando lo estime procedente para dar cumplimiento a los principios de la función administrativa, vincular a otros funcionarios de la entidad para que participen también en la gestión contractual del Estado…"
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002. M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Así lo ha señalado la Corte Constitucional:

"…Ciertamente, como se acaba de ver, la interpretación armónica del artículo 211 de la Carta, junto con otros principios constitucionales recogidos en los artículos 1°, 2°, 6°, 123, 124 y 209 superiores, especialmente con el principio de coordinación de la actividad administrativa contenido en el artículo 209 de la Constitución y la regla general de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos consagrada en el 124 ibídem, lleva a concluir que el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que concierne al ejercicio de la función delegada, por lo cual cuando la norma acusada prescribe que nunca quedará exonerado de dicha responsabilidad, simplemente corrobora o ratifica lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, leído en su correcta interpretación sistemática, expuesta por esta Corporación en la tantas veces mencionada Sentencia C-372 de 2000.
En efecto, el principio de coordinación administrativa implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior sea siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos En el caso de la norma bajo examen, la función de vigilancia, orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva, como justamente lo prevé la disposición acusada…"[287]

De su correcta aplicación depende, en gran medida, el cumplimiento de principios tales como la eficiencia, celeridad, economía, transparencia, entre otros.

2.3.9 Principio de legalidad

El profesor BREWER CARIAS[288] considera este principio como "la construcción jurídica más importante del Estado de Derecho… según el cual toda actuación de los órganos del Estado debe desarrollarse de conformidad con el derecho".

Así mismo, el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA[289] denota la trascendencia de este principio al señalar que: "…es hoy, en efecto, completamente insustituible para asegurar el funcionamiento del Estado, y de todos los poderes públicos, para tasar y encuadrar sus competencias, que condicionan todas sus posibilidades de actuación, para imponerle el respeto de las libertades y derechos de los ciudadanos…Todo el Derecho Público está, por ello, construido sobre este principio de legalidad: el Derecho Penal, el Derecho Tributario, el Derecho Presupuestario, el Derecho Administrativo, en todas sus múltiples derivaciones, el Derecho de Organización de Tribunales, el Derecho Procesal."

---

[287]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-693 del 9 de julio de 2008.M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

[288]BREWER CARÍAS, Allan R. Principios del Procedimiento Administrativo. Editorial Civitas, S.A. 1990. Página 35

[289] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Ediciones Civitas. 1999. Página 39 y 40

El principio de legalidad, aunque no se define expresamente en nuestra Carta Política, se fundamenta especialmente en sus artículos 1[290], 3[291], 6[292], 121[293], 122[294] y 123[295].

Novedosamente, la Ley 1437 de 2011 consagra de manera expresa el significado del principio de legalidad en su artículo 1°:

*"…**ARTÍCULO 1°. FINALIDAD DE LA PARTE PRIMERA.**Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, **la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico**, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares…"* (Negrita y Subraya fuera de texto)

Este principio implica entonces el sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico[296], por lo que se aplica a todas las entidades estatales, incluso las exceptuadas de la aplicación del Estatuto Contractual.

---

[290]Constitución Política. ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

[291]Constitución Política. ARTICULO 3.La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

[292]Constitución Política. ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones

[293]Constitución Política. ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

[294]Constitución Política. ARTICULO 122.

No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento…

[295]Constitución Política.ARTICULO123.

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

[296]El profesor VIDAL PERDOMO, frente a la conformación del ordenamiento jurídico, realiza la siguiente precisión: "…Si la Constitución ha venido adquiriendo una mayor influencia como norma, debe reconocerse que el papel principal como fuente del derecho le sigue correspondiendo a la Ley. De ahí que la correlación entre las normas jurídicas y la sujeción al derecho se sigue expresando bajo el nombre de principio de legalidad. (Muy respetuosamente disentimos de la opinión del profesor VIDAL PERDOMO, pues hoy en día resulta indiscutible el papel principalísimo de la Constitución dentro de las fuentes de derecho)

No obstante la superioridad de legitimidad que se confiere a la ley, otros ordenamientos jurídicos se han ido incorporando al concepto de la legalidad. Actos del Ejecutivo en diferentes instancias y disposiciones de autoridades regionales o locales forman el entramado de normas que determinan la actuación de las autoridades y la conducta de los ciudadanos.

Este viejo anhelo de las tradiciones liberales decimonónicas[297] no ha desaparecido con el advenimiento del Estado Social de Derecho. Así lo señala con mucha claridad la Corte Constitucional[298]:

"…La nueva Constitución Política definió a Colombia como un Estado social de derecho en su artículo primero. Se trata de una definición ontológica del Estado, de suerte que el concepto ***Estado social de derecho*** *no es una cualidad accesoria del Estado sino parte de su esencia misma.*

La concepción clásica del ***Estado de derecho*** *no desaparece pues sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le auna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social.*

El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho.

En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia.

El principio de legalidad consiste en el hecho de que, a partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado…" (negrita y subraya fuera de texto)

El principio de legalidad se refiere entonces particularmente a la forma como la Administración se somete al ordenamiento jurídico, pudiendo ser dicha vinculación positiva o negativa. Siguiendo al profesor SANTA MARÍA PASTOR[299], según la primera de estas formas, la norma se erige como "fundamento previo y necesario de una determinada acción (lo que no está permitido, está prohibido)"; y la segunda, la normatividad constituye "un mero límite externo o frontera a la libre acción del sujeto (lo que no está prohibido, está permitido)"

Mas no está constituido el derecho en forma exclusiva por los mandatos emanados del poder jurídico del Estado. Otras fuentes del derecho intervienen en la formación del concepto de legalidad, entre ellas los principios generales del derecho y la jurisprudencia. Apartarse de esta verificación sería regresar a etapas superadas del positivismo jurídico…" VIDAL PERDOMO, Jaime. El sistema de fuentes del derecho. Debate con el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Tema 9. En: El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana. Fundación BBVA – Civitas. Página 435.

[297]"Un pueblo libre obedece, pero no sirve, tiene jefes pero no dueños; obedece a las leyes, pero nada más que a las leyes, y es por la fuerza de las leyes por lo que no obedece a los hombres" ROUSSEAU, Juan Jacobo. Lettresécrites de la Montagne, Lettre VIII (en la edición Ocuvres complete de la Bibliotheque de La Pléiade, tomo III, París, 1964, pg. 842)Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma? Thomson-Civitas. 2007. Páginas 14 y 15.

[298]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 del 9 de julio de 1992. M.P: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

[299]SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. Tomo I. Segunda edición. Iustel 2009. Páginas 56 y 57.

Precisando un poco más este tema, los tratadistas españoles EDUARDO GAMERO CASADO y SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS[300] sostienen que, si bien es cierto en el marco de las actividades prestacionales que desarrolla la Administración ampliando los derechos de los particulares se podría hablar de una vinculación negativa, no se puede soslayar que para ello se necesita de la intervención previa del legislador, es decir, de la autorización o habilitación legal.

En nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo consagrado en el citado artículo 6 de la Constitución Política, se estableció la modalidad de vinculación positiva de la ley.[301]La Corte Constitucional,[302] de manera expresa, ha manifestado el carácter positivo de la vinculación a la ley de que trata el citado artículo 6, en los siguientes términos:

"…El artículo 6º constitucional al disponer que "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones", establece una vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto que determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a los funcionarios actuar si no es con fundamento en la Carta Política y en la ley. De allí que, actuar de conformidad con la Constitución y la ley es un mandato vinculante para todos los servidores públicos. Ahora bien, la remisión a la Constitución y a la ley significa derecho positivo, es decir, se incluyen los reglamentos, en los términos del artículo 123 Superior…"

Este principio adquiere especial connotación en el ámbito de la contratación estatal. Así lo ha señalado el Consejo de Estado[303] quien califica este principio como medular "dado que es presupuesto de validez de la actuación contractual en todas sus manifestaciones (precontractual y contractual), y se concreta en el postulado según el cual ella debe estar conforme con el ordenamiento jurídico".

---

[300]GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Manual Básico de Derecho Administrativo. Cuarta edición. Tecnos 2007. Página 50.

[301] Se observa por ejemplo, como el núcleo central del galimatías jurídico que se suscitó en el país en torno a la no promulgación del Proyecto de Acto Legislativo 07 DE 2011 SENADO, 143 DE 2011 CÁMARA, conocido como la Reforma a la Justicia, en virtud de la formulación de objeciones por parte del Presidente de la República, fue precisamente la no existencia de facultad expresa para objetar reformas constitucionales. Los juristas que defendieron la posición del Gobierno Nacional lo hicieron fundamentalmente apartándose de la tesis tradicional de la teoría de la vinculación positiva. Incluso se llegó a oír en medios de comunicación las voces de quienes pregonaban la famosa frase "lo que no está prohibido está permitido", pero en favor de las autoridades estatales.

[302] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335 del 16 de abril de 2008 M.P: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

[303] CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

Al ser el proceso contractual eminentemente reglado[304], se reduce cualquier asomo de arbitrariedad en esta actividad del Estado. Este principio entonces garantiza la efectividad de todos los demás, pues es en las propias normas contractuales donde se desarrollan las reglas que materializan los principios que rigen la contratación estatal, especialmente en relación con el principio de selección objetiva, tal y como lo veremos en su oportunidad.

Como queda claro, el principio de legalidad tiene numerosas manifestaciones en el ejercicio de la actividad contractual del Estado, sin embargo, nos referiremos a dos situaciones en particular en los cuales tiene una especial relevancia este principio: la competencia de las entidades estatales para llevar a cabo los procesos de selección y para celebrar los contratos y las denominadas prerrogativas públicas.

Respecto al primer asunto, debemos comenzar por señalar que la competencia en Derecho Público se equipara a la capacidad en el Derecho Privado[305], diferenciándose porque la primera es la excepción en el Derecho Público, contrario sensu, la capacidad es la regla en el Derecho Privado, lo cual reitera el postulado de que la Administración para poder obrar debe estar facultada por el ordenamiento jurídico[306]. En este sentido, el Consejo de Estado[307] ha precisado que: "La competencia de las autoridades estatales, constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquellas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley; tales limitaciones se presentan desde el punto de vista territorial, temporal o material, según que se refiera al ámbito físico o límites del territorio en el que actúa la respectiva autoridad, o al periodo dentro del cual se deben ejercer las funciones, o a la materia o asuntos sobre los que puede recaer su actuación."

---

[304]"…en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad…." CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009. M.P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

[305]*"…Así las cosas, el concepto competencia responde a la pregunta de ¿Qué puede hacer una persona? , ¿Qué puede hacer un órgano del Estado? o ¿Qué puede hacer el titular de ese órgano? , en el Estado. En el derecho privado se entiende que lo que puede hacer una persona responde al concepto de capacidad. En el derecho público lo que un órgano del Estado o un titular de éste puede hacer, se denomina competencia…"*CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-319 del 3 de mayo de 2007. M.P: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

[306]*"…8. Competencia y capacidad para contratar*

*La celebración de cualquier género contractual exige como requisito de validez la necesaria aptitud legal de los sujetos para obligarse por sí mismos. Esa aptitud cuando se predica de un ente estatal se denomina "competencia", en tanto que se denominará "capacidad", cuando alude al particular…"*Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

[307]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 16 de febrero de 2006. Radicación número: 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414)

DROMI[308] define la competencia como "la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Vale decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe legítimamente ejercer. En otros términos, la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos."

Las actuaciones administrativas expedidas por funcionarios incompetentes son entonces violatorias del principio de legalidad, además de configurarse como causal de nulidad de los actos administrativos según lo dispuesto por el artículo 137 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[309] o, del mismo modo, constituyéndose eventualmente en una violación de derechos fundamentales.

El Estatuto Contractual contiene una serie de disposiciones que regulan lo concerniente a la capacidad de las entidades estatales para celebrar contratos. Sin embargo antes de traerlas a colación, es preciso señalar que la capacidad para celebrar contratos y ordenar el gasto por las entidades estatales se encuentra consagrada en el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.", que se transcribe a continuación:

"…ARTICULO 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cuál hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán

[308]DROMI, Roberto. El Acto Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Págs. 35 y 36

[309]Ley 1437 de 2011.ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.
Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.
También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.
Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:
1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.
Parágrafo.
Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.
En la sección correspondiente a la Rama Legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica:
En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación…"

Por su parte, el artículo 2[310] del Estatuto Contractual establece cuales son las entidades que se consideran estatales, es decir, aquellas que según el tenor del artículo 32, son las que le definen la categoría de estatal a los contratos celebrados por la Administración.[311]De manera específica, en tratándose de los funcionarios que pueden llevar a cabo los procesos contractuales y celebrar los correspondientes contratos, el artículo 11[312] dispone que por regla general

[310]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:
1o. Se denominan entidades estatales:
La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.
b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos…
[311]Recordemos que la Ley 80 de 1993 incorpora el criterio orgánico para definir la categoría única de "contrato estatal".
Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación…
[312]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2:
1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.
2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.
3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:
Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo

corresponde al jefe o representante de la respectiva entidad, pues la puede delegar total o parcialmente en los servidores públicos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes[313]. Adicionalmente, extiende la competencia para contratar al Presidente de la República en nombre de la Nación, a los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, al Fiscal General de la Nación, al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, y al Registrador Nacional del Estado Civil; a nivel territorial, a los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, a los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades; y finalmente, a los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

En segundo lugar, se debe hacer referencia a las prerrogativas públicas en la actividad contractual del Estado, entendidas estas como el conjunto de privilegios y potestades, propios de la Administración, que le confieren una supremacía jurídica para la realización de sus fines institucionales en razón a la prevalencia del interés general[314] y que son otorgados por el ordenamiento positivo[315]. Dentro de estos privilegios o potestades encontramos: la decisión unilateral y ejecutoria, la mora ex re, la inaplicabilidad de la exceptio non adimpleti contractus, y en

---

Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

[313]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

[314] Este concepto será estudiado en el análisis correspondiente del principio de prevalencia del interés general

[315]Al respecto ver: ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Reimpresión 2003. Página 263 y siguientes.

general el conjunto de potestades que garantizan la realización de los fines de la entidad como el poder de dirección y control, la potestas variandi, la facultad de interpretación unilateral y las potestades sancionatorias[316]. En este último grupo se ubican las denominadas cláusulas exorbitantes[317] o también llamadas cláusulas excepcionales al derecho común[318].

---

[316]Sobre estas potestades nos referiremos en el estudio del principio del debido proceso.

[317]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.-En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

[318] *"…b) Cláusulas excepcionales al Derecho Común*

No obstante, ser el contrato estatal "un verdadero contrato" y en cuanto tal, la situación jurídica individualizada que de él surge se asemeja a las situaciones nacidas de los contratos civiles"9. la finalidad de interés colectivo que el contrato estatal implica "determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles ".

*Entonces, los muy especiales fines que enmarcan la actividad estatal condicionan y limitan de alguna manera su actuar contractual. El interés colectivo exige que se garantice el adecuado uso de esa herramienta jurídica, de modo tal que se evite cualquier acción portadora de menoscabo o perjuicio. Por ello, debe dotarse a la administración de mecanismos eficaces pero excepcionales que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales…"*Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de

Es el ordenamiento jurídico entonces quien faculta a la Administración para desplegar estas prerrogativas y al mismo tiempo es quien delimita su aplicación al establecer las reglas que condicionan su respectivo ejercicio[319].

Finalmente, consideramos que resulta imperativa la observancia de este principio por parte de estas entidades. En efecto, a pesar de no estar propiamente sujetas a la Ley 80 de 1993, a sus leyes modificatorias y respectivos decretos reglamentarios, sí se someten a la Constitución Política, al conjunto de normas de rango legal que resultan aplicables a sus actividades como la ley orgánica de presupuesto u otras muy importantes como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o el Estatuto Antitrámites, en la medida en que resulten compatibles con su régimen excepcional, a las normas de Derecho Privado que constituyen su principal referente establecidas básicamente en el Código Civil y en el Código de Comercio. En desarrollo de este principio entonces, deben observar rigurosamente las disposiciones establecidas en su normatividad interna, como es el caso de los manuales de funciones y de contratación.

2.3.10 Principio de prevalencia del interés general

Se encuentra consagrado principalmente en el artículo 1° de la Constitución Política[320]. Así mismo, el ya varias veces citado artículo 209[321], establece expresamente que el ejercicio de la función administrativa está al servicio de los intereses generales[322]. Esta posición es corroborada por el artículo 1° del Nuevo

---

septiembre de 1992. En BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

[319]La garantía de la legalidad de la sanción se explicará con mayor detalle en el análisis del principio del debido proceso

[320]Constitución Política. ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

[321]Constitución Política. ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios…

[322] El Consejo de Estado le ha dado alcance a la noción de interés general en los siguientes términos: "…a pesar de la natural dificultad que supone su definición, puede decirse, siguiendo a BujosaVadell, que se trata de intereses reconocidos como de la comunidad, y pueden separarse en dos grupos: por un lado, los intereses públicos abstractos, que surgen de concepciones políticas, económicas, sociales, etc, que gozan de consenso entre la sociedad y se consagran en la constitución a manera de principios y valores, o que están en otras normas reconocidos como intereses generales; por otro lado, los que surgen de esos mismos valores y principios, pero a partir del debate de las concepciones e ideologías de los miembros del Congreso, hasta llegar a un compromiso que se traduce en nuevos intereses plasmados en la legislación. Y es allí donde los límites se desdibujan, pues, en el escenario de una democracia participativa, las relaciones entre los individuos y el Estado cambian, dado que no es únicamente el Estado el que diseña los intereses comunes, sino que, en muchas ocasiones, se trata de un trabajo conjunto entre éste y la sociedad, de donde surge, por decirlo así, la concreción de los intereses generales, y sin duda, de los intereses colectivos. Y aunque es difícil enmarcar el interés colectivo en un ámbito meramente subjetivo o particular, cualquier persona perteneciente a un grupo o una comunidad puede acudir ante los jueces para exigir su defensa, con lo cual logra simultáneamente proteger su propio

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[323]. En este marco jurídico el principio de prevalencia del interés general se instituye como la piedra angular de toda la actuación estatal[324].

El Estatuto Contractual hace lo propio en su artículo 3°[325] al señalar como fines de la contratación estatal el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. De ello, se desprende la connotación que tiene para la actividad contractual el papel de los contratistas, a quienes se les reconocen sus legítimos intereses particulares cuando concurren a contratar con el Estado, pero a la vez se les exigen deberes pues la norma los vincula como colaboradores de la satisfacción del interés general.[326]

---

interés…"CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Sentencia del 29 de junio de 2000. Radicación número: AP-001

[323]Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 1. FINALIDAD DE LA PARTE PRIMERA. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

[324]*"…La noción "interés general o público o social", si bien es una cláusula abierta signada por una dificultad enorme de precisión, no deja de ser una categoría jurídica, al ser el real fundamento y verdadera explicación del derecho administrativo…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 16 de marzo de 2005. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A

[325]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 3**.** DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

[326]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 5.DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamiento que pudieran presentarse.

3o. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas

En este orden de ideas, el principio de prevalencia del interés general se convierte en un imperativo para todas las entidades del Estado, incluyendo aquellas que cuentan con regímenes especiales de contratación[327].

En materia de contratación estatal, este principio se torna como la nota distintiva en relación con los contratos de Derecho Privado. Así lo ha expresado la Corte Constitucional:

"…El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general."[328]

Por ello, este principio no sólo se constituye en la finalidad primordial de la Administración Pública sino que, a su vez, se consagra como el cimiento y la estructura de la contratación pública[329]. Por esta razón, las entidades públicas gozan de prerrogativas sancionatorias y no sancionatorias que permiten lograr la consecución de los fines del Estado, las cuales son legítimamente imponibles al

---

adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.
4o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.
5o. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.
Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

[327] *"…Como se indicó la administración pública no puede actuar sino para el cumplimiento de finalidades de interés público, para la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado. Los servidores públicos, al celebrar y ejecutar un contrato deben tener siempre presente esa finalidad. Extrañas a esa intención resultan las motivaciones de índole personal, político o de cualquiera otra condición que conduzcan a desdibujar las muy claras razones que determinan la contratación del Estado. Aún cuando los organismos del Estado ejecuten actividades industriales y comerciales a semejanza de los particulares, la finalidad de interés público no puede ser ajena a ellos…"* Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

[328] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999. M.P: VLADIMIRO NARANJO MESA

[329] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-319 del 3 de mayo de 2007. M.P: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

contratista sólo en la medida de que se busquen cumplir con los designios del interés general.

En suma, principios tales como transparencia, publicidad, imparcialidad, igualdad, economía, celeridad, debido proceso, entre otros, obran con la finalidad de garantizar el principio de prevalencia del interés general.

No obstante, el Derecho Administrativo es un sistema de prerrogativas y garantías, por lo que también los contratistas gozan de ciertos derechos en procura de evitar que, como colaboradores de la actividad contractual del Estado, sean sometidos a algún tipo de menoscabo patrimonial que no tengan el deber jurídico de soportar, los cuales se ven materializados en otros principios como la buena fe y el equilibrio económico del contrato que en su momento serán expuestos.

2.3.11 Principio del debido proceso

Este principio fue elevado a rango constitucional por el constituyente de 1991, quien estableció en su artículo 29[330], la aplicación del debido proceso tanto en actuaciones judiciales como administrativas. Sin alguna duda, su consagración como derecho fundamental significó un gran avance, lo cual ha permitido el desarrollo prolijo de esta garantía por parte de la jurisprudencia constitucional.

Desglosando el citado artículo 29, encontramos consagradas las siguientes garantías:

1) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.
2) Ante juez o tribunal competente
3) Con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
4) En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
5) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.
6) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento;
7) Derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas;

[330]Constitución Política. ARTICULO 29.El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

8) Derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra;
9) Derecho a impugnar la sentencia condenatoria,
10) Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (nos bis in ídem)
11) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Sin embargo, en otros artículos constitucionales se establecen diversas garantías que complementan este principio:

1) El Habeas Corpus (ARTICULO 30)[331]
2) La doble instancia y la prohibición de la no reformatio in pejus (ARTICULO 31)[332]
3) Derecho a la no autocriminación (ARTICULO 33)[333]
4) La prevalencia del derecho sustancial (ARTÏCULO 228)[334]
5) El derecho al libre acceso a la justicia (ARTÏCULO 229)[335]

De esta manera, se ha señalado que el principio del debido proceso "es un derecho de estructura compleja"[336] que "comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales"[337]. Además, su aplicación

[331]Constitución Política. ARTICULO 30 Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.
[332]Constitución Política. ARTICULO 31.Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.
El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.
[333]Constitución Política. ARTICULO 33.Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
[334]Constitución Política. ARTICULO 228.La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.
[335]Constitución Política. ARTICULO 229.Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.
[336] CORTE CONSTITUCIONAL. SentenciaC-475 del 25 de septiembre de 1997. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
[337]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-383 del 5 de abril 2000. M.P: ÁLVARO TAFUR GALVIS

permite el ordenado funcionamiento y la validez de las actuaciones de la Administración y, por otro lado, la seguridad jurídica de los administrados.[338]

Particularmente en materia administrativa, este principio también goza de protección legal a través de las disposiciones recientemente incorporadas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[339], quedando expresamente establecido en su artículo 3°. Al tenor de esta norma, en virtud de este principio las actuaciones administrativas se deben adelantar de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en el ordenamiento jurídico, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. Adicionalmente, en materia sancionatoria se establecen expresamente las garantías de legalidad de las faltas o sanciones, la presunción de inocencia, la no reformatio in pejus y el non bis in ídem.

Claramente entonces, el debido proceso se aplica también a los procedimientos administrativos. Las garantías, principios y derechos que lo conforman presiden toda actividad de la Administración, y deben tener vigencia desde la iniciación misma de cualquier procedimiento administrativo, hasta la conclusión del proceso, y debe cobijar a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración."[340]

Los principios que componen el debido proceso en materia administrativa se pueden sintetizar así: "(i)[del] principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) del principio de publicidad, (iii) del derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) del principio de la doble instancia, (v) de la presunción de inocencia, (vi) del principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) del principio de cosa juzgada y (ix) de la prohibición de la reformatio in pejus".[341]

El propio Consejo de Estado define el debido proceso administrativo como "la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que

---

[338]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-552 del 7 de octubre de 1992. M.P: FABIO MORON DIAZ

[339] Ello no quiere decir que previamente no existiera consagración legal al respecto. Tal y como lo señala el profesor BRITO RUIZ, desde la Ley 58 de 1982 y luego a través del Decreto 01 de 1984, ya existían disposiciones normativas que desarrollaban este principio en materia administrativa. Incluso antes de la expedición de la Constitución de 1991, existen antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado en los cuales se señaló la obligación por parte de la Administración de observar reglas propias del debido proceso en sus actuaciones. Para profundizar más sobre este tema Ver: BRITO RUIZ, Fernando. "El debido proceso en las actuaciones administrativas" Páginas 390-410. En Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez –Editores- Universidad del Rosario 2005.

[340]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-048 del 24 de enero de 2008. M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

[341]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 del 1° de febrero de 2012. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley"[342]

El derecho al debido proceso administrativo entonces tiene como finalidad principal garantizar que las actuaciones administrativas sean conformes a la Constitución, a la Ley y a los Reglamentos[343]. Por ello, el Tribunal Constitucional ha considerado este principio como una manifestación o materialización del principio de legalidad "conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente establecida en la ley, como también las funciones que les corresponden cumplir y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4° y 122). En esta medida, las autoridades administrativas únicamente pueden actuar dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico."[344]

Es importante destacar que, tal y como lo ha hecho el Consejo de Estado en su jurisprudencia, el debido proceso es aplicable tanto a los procedimientos administrativos sancionatorios como a los no sancionatorios, pues ello se desprende de la consagración superior del artículo 29 constitucional. No obstante, también se debe resaltar que, en materia administrativa, las garantías que componen este principio no se aplican de la misma manera como acontece en el plano judicial, sino de manera matizada como lo explica esta Corporación.[345]

---

[342]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. C.P: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ. Sentencia del 17 de febrero de 2011. Radicación número: 25000-23-15- 2010-03113–01(AC)

[343]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. C.P: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON. Sentencia del 10 de diciembre de 2009. Radicación número: 05001-23-31-000-2009-01273-01(AC)

[344]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-545 del 6 de agosto de 2009. M.P: MARIA VICTORIA CALLE CORREA

[345] *"…Para la Sala, el mandato del artículo 29 constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y en la racionalización de los procedimientos administrativos sancionatorios o no, susceptibles de ser cobijados con la aplicación de este derecho, y su desconocimiento será cosa del pasado. Ahora, y pese a que la determinación del campo de aplicación de cada uno de los derechos que integra el debido proceso es un asunto que se deberá ir decantando caso a caso, es necesario dejar sentadas, por lo menos, las bases sobre las cuales esa tarea se debe realizar. En principio, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en materia administrativa, porque el mandato constitucional quiso extender, sin distinciones, este haz de garantías al campo administrativo. Esta idea no es más que la aplicación del principio del efecto útil en la interpretación de las normas, a la vez que una forma de realizar el mandato constitucional de manera efectiva. No obstante lo anterior, es forzoso aceptar que i) muchos de esos principios rigen en materia administrativa en forma plena y absoluta, ii) mientras que otros lo hacen en forma matizada, es decir, que no es posible hacer una trasferencia de ellos de la materia judicial a la administrativa, sin que sufran cambios y se transforme su estructura original. Pertenecen, por ejemplo, al primer grupo, el derecho a ser investigado o sancionado por la autoridad competente, a que se observen las formas propias del procedimiento, a que no se dilate injustificadamente el procedimiento, a que se presuma la inocencia, la posibilidad de controvertir las pruebas y que se tome por nula la obtenida con violación del debido proceso, el derecho a la defensa, la posibilidad de impugnar la decisión condenatoria, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, el principio de la favorabilidad y el derecho a que no se agrave la sanción impuesta cuando el*

Esta aplicación matizada en el campo administrativo se extiende desde luego al plano contractual[346] en el conjunto de diez garantías que conforman este principio, identificadas y desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado.[347] Tal es

---

apelante sea único. Pertenecen al segundo grupo otros, muy pocos: el principio de legalidad de la falta y de la sanción y la posibilidad de estar asistido por un abogado durante el procedimiento. Lo anterior no significa que, en algunos procedimientos administrativos, tales principios no rijan en forma plena. Cuando se dice que no rigen en forma plena estos derechos se quiere significar, por ejemplo, que la ley no siempre es quien define las faltas y las sanciones, sino que se acepta que los reglamentos pueden contribuir en la definición de estos aspectos. En otras palabras, la reserva de ley de estas materias se relaja, y admite una alta colaboración del reglamento en su configuración. En cuanto al derecho a la asistencia de abogado durante el procedimiento, esta garantía no se ha trasladado al común de los procedimientos administrativos, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional -por ejemplo, en la sentencia C-071 de 1995-, quien asegura que este derecho no es predicable, como regla general, en los procedimientos administrativos. Valorado en su conjunto, el avance del derecho al debido proceso, en materia administrativa, ha sido formidable en los pocos años de vigencia de la Constitución, gracias a la categoría de derecho fundamental de que se reviste y que lo hace especialmente protegible…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 10 de noviembre de 2005.Radicación número: (14567).

[346] *"…Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, por una parte, con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista es indispensable observar el debido proceso en las diferentes fases o etapas de dicha actividad, en especial, desde la formación de la voluntad entre el Estado y los particulares contratistas para la suscripción del contrato (precontractual) hasta su cumplimiento (ejecución contractual); y por otra parte, es menester determinar el campo de aplicación de cada uno de los derechos que contempla el debido proceso y su intensidad, según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues va de suyo que varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta en algunos eventos, pero en otros lo será en forma matizada, modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

[347] "…5.2. Vigencia y alcance, en materia contractual, de cada una de las garantías del debido proceso administrativo.

a) Sobre el derecho a *"no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*"…

b) El derecho a ser juzgado *ante juez o tribunal competente*,…

c) El derecho a que el procedimiento administrativo se adelante *con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio…*

d) El derecho a que "*en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"…*

e) El derecho a que *"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*"…

f) En las actuaciones contractuales también rige el derecho a que "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa", así como la garantía "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra", del mismo modo que "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"…

g) El derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas"…

h) El derecho a "*a impugnar la sentencia condenatoria*"…

i) El derecho a "no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"…

j) La *culpabilidad* de la conducta…"

el caso de la primera garantía que consiste en *"el derecho* a *no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*" o también conocida como *"legalidad de la sanción o falta"*.

Esta garantía dispone que sólo la ley puede establecer sanciones, aplicándose con la mayor rigidez en el Derecho Penal pero también en el Derecho Disciplinario o Fiscal. No se permite que, desde el punto de vista fuerte de esta garantía, normas de rango inferior a la ley consagren faltas o sanciones. En esta dirección, la cláusula exorbitante de caducidad tiene una aplicación estricta de esta garantía pues únicamente la ley es la que define los supuestos fácticos y jurídicos que posibilitan ejercer esta prerrogativa. Lo contrario acontece frente a otras potestades sancionatorias como la multa y la cláusula penal, sobre las cuales la ley no determina dichos supuestos, dejándole a las partes la autonomía para pactar su aplicación, en extensión a lo dispuesto en el Derecho Privado en el cual el contrato es el fundamento de aquellas.

Así mismo, podríamos traer un ejemplo respecto a la garantía que consiste en *"el derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente",* de acuerdo con la cual debe existir una competencia asignada a las entidades para poder adoptar ciertas decisiones, sean sancionatorias o no. Como se observa, en el plano sancionatorio esta garantía se relaciona estrechamente con la garantía de la legalidad de la sanción o la falta. En la aplicación de esta garantía se encuentra la discusión que se suscitó por largo tiempo en la jurisprudencia nacional sobre la posibilidad de imponer multas[348]. El tema de fondo de la controversia fue precisamente si las entidades estatales eran competentes para ello, pues una aplicación fuerte de esta garantía lo impedía.

Desde ya se avizora entonces una interesante discusión frente a la posibilidad de que las Empresas Sociales del Estado puedan o no imponer unilateralmente las multas y la cláusula penal pecuniaria, tema que será abordado en su oportunidad.

La tercera garantía que consiste *en el derecho a la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*, la cual incluye los procedimientos administrativos contractuales sancionatorios (vgr, proceso de selección del contratista) y no sancionatorios (vgr, la imposición de la caducidad), supone la existencia de un procedimiento previo donde el contratista oportunamente pueda defender sus intereses y expresar su criterio frente a la futura decisión. Esta garantía también se aplica de manera matizada pues, por ejemplo, dichos

---

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367).

[348] Se debe tener en cuenta que el legislador en la reforma al Estatuto Contractual del 2007, zanjó el debate sobre la posibilidad de que las entidades estatales pudieran pactar multas y cláusula penal pecuniaria en sus contratos, con su correspondiente facultad de hacerlas efectivas por sí mismas. Una síntesis completa sobre esta discusión jurisprudencial se encuentra en: SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. "La Nueva Contratación Pública en Colombia". Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Primera edición. LEGIS, 2009. Páginas 122 – 144

procedimientos previos como regla general[349] sólo pueden ser establecidos por el legislador y no internamente por la entidad pública.

En cuanto a la cuarta y quinta garantía, desarrolladas en materia sancionatoria contractual, y que consisten, respectivamente, en *la aplicación de la norma posterior más favorable* y *en el derecho a la presunción de inocencia*, es decir, se requiere la prueba de la mora o incumplimiento que desvirtúe dicha presunción, tienen el mismo nivel de intensidad de aplicación que en derecho penal es decir de los procesos judiciales.

En el mismo sentido, se consagra la sexta garantía, por medio de la cual se unifican los derechos a la defensa, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra y además la garantía que establece la nulidad, de pleno derecho, de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

De igual forma, se aplica la séptima garantía que trata sobre el derecho *"a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas"*, desarrollada en materia sancionatoria y no sancionatoria, y que consiste, en primer lugar, en la garantía de la publicidad de todos los actos contractuales, lo cual garantiza a su vez el derecho a acceder a la información que tienen no sólo quienes concurren al respectivo proceso contractual sino cualquier persona que desee tener conocimiento de aquél y, en segundo lugar, a que las decisiones se tomen en la oportunidad contemplada para el efecto.

La octava garantía sobre el derecho a "*impugnar la sentencia condenatoria*", no se aplica en materia contractual sancionatoria con la misma intensidad que en los procesos judiciales. En efecto, por disposición expresa del artículo 77 de la Ley 80 de 1993: "Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición …",

---

[349] *"…Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos…*
…Para la Sala, si bien no es nulo todo el aparte acusado, por las razones expuestas, en todo caso se condiciona su alcance en cuanto a que "…el procedimiento mínimo a seguir para la imposición de multas y que las entidades pueden señalar en sus manuales de contratación" se refiera a aspectos inter-orgánicos, es decir, a los trámites internos que deben adelantar los funcionarios encargados del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Por oposición, debe entenderse que la posibilidad de crear procedimiento administrativo sancionador, con base en la norma analizada, vulnera el ordenamiento jurídico constitucional…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicación número: 11001032600020080010100 (36054)

excluyendo entonces la procedencia de los recursos de apelación y queja en materia contractual.

La novena garantía que corresponde al derecho a *"no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"* tiene igual aplicación en el ámbito contractual sancionatorio. De este modo, un mismo hecho no puede generar dos o más multas o la iniciación de dos o más procedimientos sancionatorios.

Finalmente, la décima garantía que consiste en *"la culpabilidad de la conducta"* aplica de manera matizada en el plano contractual. Cabe resaltar que esta garantía no se encuentra consagrada constitucionalmente como principio constitutivo del debido proceso, sin embargo el legislador la ha incorporado en el ámbito sancionatorio penal, fiscal y disciplinario. Así, en algunos aspectos sí se exige como por ejemplo en la inhabilidad que surge cuando no se firma un contrato sin justa causa[350], en cambio en otros como el caso de la terminación unilateral por muerte del contratista, incapacidad física permanente, o interdicción judicial[351] no se establece como requisito. –art. 8.1.b) de la ley 80-; y en el segundo la terminación unilateral por muerte del contratista, incapacidad física permanente, o interdicción judicial.

Siguiendo el desarrollo de este importante principio, cabe señalar que según el Consejo de Estado,[352] en la etapa precontractual tiene específicas manifestaciones: "…como por ejemplo, cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable; no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados; evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; motivar por la administración su actuación y darla a conocer; brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos…" De lo anterior, se aprecia una vez más la relación directa que existe entre los principios del debido proceso, legalidad, publicidad, buena fe, selección objetiva, celeridad, economía, y otros.

---

[350] Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 8**.** DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR:
1o. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:
…e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

[351] Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 17.DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.
La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:
…2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
…3o. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista

[352] CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

Es importante precisar que el debido proceso por ser un derecho fundamental, ante cualquier violación es susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, por lo que especialmente en los procesos contractuales con el Estado, no cualquier diferencia o desavenencia entre el contratista y la entidad estatal, puede materializarse como una violación de este principio pues se convertirían en un obstáculo para la consecución de los fines de esta actividad pública, y se desplazaría al juez natural de estas eventuales controversias. Se exige entonces para su procedencia, la configuración de una verdadera vía de hecho y de un perjuicio irremediable.[353]

Finalmente, cabe resaltar que la Ley 1150 de 2007 en su artículo 17[354] incorporó el principio del debido proceso, pero con la impropiedad de circunscribirlo a la facultad de la administración para pactar multas y cláusulas penales con la correspondiente facultad de hacerlas efectivas, lo cual no significa de ninguna manera que, como ya se ha dicho, este principio sólo se aplique a estas potestades y no deba ser observado en el ejercicio de otros poderes o incluso en relación con los procesos de selección del contratista, pues de lo contrario se violaría el mandato del artículo 29 constitucional inicialmente citado, el cual no hace diferenciación entre las diversas actividades judiciales o administrativas.[355]

2.3.12 Principio de planeación

Según la Corte Constitucional,[356] la planeación[357] "constituye un instrumento mediante el cual se definen las políticas a implementar para el cumplimiento de los

[353] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1088 del 14 de diciembre de 2006. M.P: ALVARO TAFUR GALVIS

[354]Ley 1150 de 2007.ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.
En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.
PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.
PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

[355] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

[356] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1051 del a de octubre de 2001. M.P: JAIME ARAUJO RENTERIA

fines y cometidos estatales, señalando los elementos indispensables para la ordenada ejecución de las obras y la prestación de los servicios en un período determinado, evitando la improvisación y procurando el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles."

Siguiendo esta tesis jurisprudencial, se puede afirmar que este principio busca evitar la improvisación en la ejecución de los recursos públicos garantizando los principios de eficacia y eficiencia.[358] De esta manera, aunque este principio no esté contenido expresamente en el artículo 209 constitucional, encuentra su fundamento en éste y en otras disposiciones del ordenamiento jurídico, constituyéndose como marco de orientación del ejercicio de la función administrativa y resultando entonces directamente aplicable a la actividad contractual del Estado. Al respecto, recientemente el Consejo de Estado[359] ha señalado que:

"…Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339[360] *y 341*[361] *constitucionales; de*

---

[357]En Colombia, la planeación económica y social se implantó a partir de la Reforma Constitucional de 1945 y se vigorizó en la Reforma de 1968. Posteriormente, el Constituyente de 1991 ratificó estos conceptos e instituyó la planeación en materia ecológica y ambiental. Ver: PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Quinta edición, Temis. Páginas 652 y 653.

[358]Ver entre otras sentencias: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". C.P: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Radicación número: 52001-23-31-000-2002-01023-02(0506-08); CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469)

[359] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 15 de febrero de 2012. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00202-01(19730)

[360]Constitución Política. ARTICULO 339. Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.
Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo.

[361]Constitución Política. ARTICULO 341. El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.

los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25[362]*, del numeral 3 del artículo 26*[363]*, de los numerales 1 y 2 del artículo 30*[364]*, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del*

Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria. Los desacuerdos con el contenido de la parte general, si los hubiere, no serán obstáculo para que el gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea de su competencia. No obstante, cuando el gobierno decida modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en el artículo siguiente.

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.

El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno Nacional.

[362]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

…6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso…

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

De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9o. y 313, numeral 3o. de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales autorizarán a los gobernadores, y alcaldes respectivamente, para la celebración de contratos…

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

[363]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

…3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, , diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

[364]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y

Decreto 01 de 1984[365]*; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin 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…"*

En este sentido entonces, la planeación se constituye como un conjunto de presupuestos legales (parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia) cuya observancia se requiere con anterioridad a la apertura de los procesos contractuales, con el fin de garantizar la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, satisfaciendo así ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual[366].

De este modo, se aprecia que el principio de planeación garantiza el respeto del principio de legalidad, sobre todo en lo que se refiere a la etapa precontractual.[367] Por ello, su inobservancia repercute negativa y determinantemente en la etapa de ejecución del contrato, manifestándose por ejemplo en modificaciones a las cantidades de obra y a las condiciones técnicas inicialmente pactadas, con las evidentes consecuencias en los costos finales del contrato, poniendo en entredicho incluso el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista[368].

Uno de los aludidos presupuestos legales de la planeación, como manifestación del principio de economía arriba desarrollado ampliamente[369], lo constituye la obligación de que todo contrato debe estar respaldado por las correspondientes partidas o disponibilidades presupuestales,[370] y luego como requisito para su ejecución, se debe proceder a su respectivo registro presupuestal.[371]

---

obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas…

[365]Decreto 01 de 1984. ARTICULO 2. OBJETO DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA. Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley.

[366] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 1 de febrero de 2012. Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464)

[367] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR. Sentencia del 1 de diciembre de 2008. Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603)

[368]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469)

[369]*"…Dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado, ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la planeación…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 19 de junio de 2008. Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00005-01(AP)

[370]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

El Consejo de Estado[372] desarrollando este principio, ha destacado que ninguna autoridad estatal puede adelantar, sin contar previamente con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal (CDP)**,** procedimientos administrativos de selección contractual, ni tampoco celebrar contratos o contraer obligaciones, pues se violarían los principios de planeación y legalidad del gasto, comprometiéndose de este modo la responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal del funcionario.

Nótese que si bien es cierto, estas obligaciones están incorporadas en el Estatuto Contractual, su aplicación por parte de las entidades exceptuadas se fundamenta adicionalmente en otras disposiciones normativas contenidas principalmente en el Estatuto Orgánico del Presupuesto[373], el cual es aplicable directa o

---

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

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

[371]Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. El inciso segundo y el parágrafo 1° del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así: "Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda."

[372] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. . Sentencia del 30 de julio 2008. Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003)

[373]Decreto 111 de 1996."ARTÍCULO 12**.** Los principios del sistema presupuestal son: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, la inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la homeóstasis"

"ARTICULO 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones."

indirectamente[374] a todas las entidades del Estado, pues todas manejan recursos públicos.

Así mismo, esta Corporación[375] ha señalado que a través de la elaboración de los denominados estudios previos[376] se desarrolla y se garantiza el principio de planeación en la contratación estatal, imponiéndose además en esta precisa actividad el deber a la Administración de actuar de buena fe[377].

En relación con este principio, resulta preciso recordar que, según recientes pronunciamientos jurisprudenciales, el deber de planeación no sólo debe ser puesto en práctica por las entidades estatales en su calidad de contratantes y, por

---

[374] En el caso de las Empresas Sociales del Estado, por ejemplo, se da por la remisión legal al régimen presupuestal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el cual a su vez replica las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, tal y como lo veremos más adelante en su oportunidad.

[375] *"…Al respecto conviene reiterar que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (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. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación número:25000-23-26000-1991-07664-01(14287)

[376] Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:
…12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones…

[377] *"…Adicionalmente, también se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Sentencia del 31 de enero de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)

ende, de responsables del manejo de los recursos públicos, sino también por los propios contratistas quienes en su papel de colaboradores de la Administración en la actividad contractual deben obrar conforme a este principio, omisión que trae consecuencias bastante particulares. Así lo ha sostenido, el Consejo de Estado:

"…no debe olvidarse que a las voces del inciso 2º del artículo 3º 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.
Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos. …"[378]

La Procuraduría General de la Nación[379] considera que el principio de la planeación tiene dos expresiones normativas claras: la elaboración del plan de compras[380] y el desarrollo de los estudios previos, las cuales son obligatorias independientemente del régimen contractual a que se encuentre sometida la entidad pública.

Esta herramienta obligatoria para todas las entidades públicas, en los términos traídos a colación expresados por el órgano de control disciplinario, puede resultar de mucha utilidad para los fines de la contratación de las entidades exceptuadas, específicamente en relación con las Empresas Sociales del Estado, pues a partir de la elaboración de los estudios se justificaría el respectivo proceso contractual, dando cabal aplicación al principio de planeación, asegurando la correcta inversión del recurso público.

El Consejo de Estado,[381] particularmente refiriéndose al régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado, ha resaltado lo siguiente:

[378] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 24 de abril de 2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)
[379]RECOMENDACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS PREVIOS – Aplicación del Principio de Planeación en la Contratación de las Entidades Públicas-. Programa de Apoyo al Fortalecimiento Institucional de la Procuraduría General de la Nación. Impresión PUBLICULTURAL S.A. Bogotá, Abril de 2010. Página 9
[380] El denominado Plan Anual de Adquisiciones fue reglamentado novedosamente por medio del Decreto 1510 de 2013 (Capítulo IV, Artículos 4-7)
[381]Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación Número: 1263.

"…Ahora bien, que no sea aplicable la ley 80 sino en las condiciones anotadas, no implica que sus representantes o quienes tengan las funciones de adelantar los procedimientos de contratación, puedan abstenerse de realizar los estudios y evaluaciones necesarios…"

No obstante lo anterior, desde ya advertimos que dichos estudios previos no deben exigirse con la rigurosidad de los términos que establece el Estatuto Contractual y sus disposiciones reglamentarias[382], pues haría nugatoria la intención del legislador de otorgar un régimen especial a estas entidades públicas. Finalmente, frente a este principio vale la pena mencionar un aspecto que lo desarrolla y que fue introducido por la Ley 1150 de 2007[383]. Nos referimos a la distribución de los riesgos. Las entidades públicas deben incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la correspondiente contratación.

En la exposición de motivos de esta Ley se aprecia claramente la incidencia de esta disposición en materia de la planeación del contrato:

"…En ese panorama y no obstante el tamaño e impacto del gasto que se ejecuta por medio de contratos, se aprecia la ausencia de instrumentos legales que permitan la optimización y el uso eficiente de los recursos públicos involucrados en la contratación. De esta forma, el proyecto que se presenta busca orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los ***procesos de planeación permitiendo la estimación anticipada***

[382]Decreto 1510 de 2013. Artículo 20. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:
1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El 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.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El 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.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
6. El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.
8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.
El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía.

[383]Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.
En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

de las contingencias que puedan producirse en su ejecución*…"*[384] (negrita y subraya fuera de texto)

Sin embargo, no es tarea fácil para las entidades públicas diferenciar con claridad cuáles riesgos son previsibles y cuáles no. Así mismo, cómo se logra identificar, tipificar y asignar dichos riesgos. Esta situación propició la expedición del Documento Conpes 3714 "DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA", el 1 de diciembre de 2011, a través del cual se establecieron una serie de lineamientos básicos para el entendimiento de este concepto en el marco de las adquisiciones sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En este sentido, consideramos que la definición de *"Riesgo"* que establece el artículo 3° del recientemente expedido Decreto 1510 de 2013, 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*", resulta ser un tanto desafortunada pues lejos de reducir el ámbito de aplicación de este tipo específico de riesgos, lo deja abierto a cualquier situación que afecte los objetivos o la ejecución del contrato, dando al traste con la mencionada intención del legislador y del documento Conpes.

Finalmente, cabe resaltar que este tema de riesgos ha sido incorporado recientemente por la jurisprudencia bajo la denominación *del principio de previsibilidad*, entendido de la siguiente forma:

"…El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico…"[385]

---

[384] Exposición de motivos Ley 1150 de 2007. En Gaceta del Congreso No.458 de 2005. Proyecto de Ley No. 20 de 2005 Senado "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".

[385] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 1 de febrero de 2012. Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464)

2.3.13 Principio de la buena fe

La buena fe es un principio general del derecho, el cual ha sido expuesto brillantemente por el profesor GONZÁLEZ PÉREZ de la siguiente manera:[386] "la buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético – social en el orden jurídico, y, concretamente, el valor de la confianza. Sirve de cauce para la integración del Ordenamiento conforme a unas reglas ético - materiales, la idea de fidelidad y de crédito, o de creencia y confianza. La buena fe supone una regla de conducta o comportamiento civiliter, una conducta normal, recta y honesta, la conducta de un hombre corriente, de un hombre medio."

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia condensa importantes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corporación sobre este principio:

"…Por su particular connotación, a no dudarlo, el juez, en su labor aplicativa y hermenéutica del ordenamiento en la solución de los conflictos, debe considerarla en especial, en las relaciones obligatorias y contractuales, "cuanto principio directriz de todo sistema jurídico, del tráfico jurídico y de la convivencia social, 'con sujeción al cual deben actuar las personas -sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico –constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona FIDES con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección (…) La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobla, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada 'buena fe subjetiva' (creencia o confianza), al igual que en la 'objetiva' (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil' (cas. civ., 2 de julio de 2001, exp. 6146).La buena fe, se identifica, con el actuar real, honesto, probo, correcto, apreciado objetivamente, o sea, 'con determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres', no 'hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, de reserva mental, astucia o viveza, en fin de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en la colectividad', es 'realidad actuante y no simple intención de legalidad y carencia de legitimidad' y se equipara 'a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad al proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor' (cas. civ. Sentencias de 23 de junio de 1958, LXXXVIII, 234; 20 de mayo de 1936; XLIII, 46 y ss., 2 de abril de 1941, LI, 172; 24 de marzo de 1954, LXXXVIII, 129; 3 de junio de 1954, LXXXVII, 767 y ss.)" (cas. civ. sentencia de 15 de julio de 2008, exp. 68001-3103-006-2002-00196-01).

[386]GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Quinta edición. Civitas, Thomson Reuters. 2009. Página 113

Por esto, "cuando las partes realizan una regulación específica de los intereses involucrados en sus esferas dispositivas (negocio jurídico), con apego a la reglamentación normativa vigente, propician, paralelamente, que la ley les brinde el reconocimiento y convalidación de la voluntad declarada, en los términos por los que hayan optado los mismos contratantes. Pero ese posicionamiento les impone, colateralmente, la observancia irrestricta de reglas de conducta que involucran conceptos ligados a la lealtad y buena fe, tanto para sí como para con aquellos que de una u otra forma resultan afectados (Art. 1603 ibídem). La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles. El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohijar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: '[n]emoauditurpropriamturpitudinemallegans'" (Resaltado en el texto original, cas. civ. sentencia de 9 de agosto de 2007, exp. No. 08001-31-03-004-2000-00254-01)[387]*.*

A manera de síntesis, del anterior pronunciamiento se puede extraer que el principio de buena fe se constituye como una directriz que irradia el tráfico jurídico y la convivencia social, teniendo una doble connotación, por un lado, como creencia o confianza (buena fe subjetiva) y, por el otro, como probidad, corrección, lealtad u honestidad (buena fe objetiva). Por ello, en observancia a este principio, cuando las personas concurren a los ámbitos de los actos o negocios jurídicos deben honrar las obligaciones integralmente adquiridas, desarrollando un comportamiento recto, respetuoso y diligente que excluya cualquier comportamiento engañoso o torticero. De ahí que, con ocasión de la aplicación de este principio, no sea lícito alegar la propia culpa[388] o ir contra en contra del acto propio[389].

---

[387] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P: WILLIAM NAMÉN VARGAS. Sentencia del 27 de febrero de 2012. Referencia: 11001-3103-002-2003-14027-01.

[388] La Corte Constitucional reconoce esta manifestación del principio de buena fe: "…Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemoauditurpropriamturpitudinemallegans*?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares…"CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995. M.P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

De esta manera, el principio de buena fe tiene especial ascendencia en el ámbito contractual[390]. Así lo disponen expresamente algunas normas del Código Civil y del Código de Comercio mencionadas en la jurisprudencia arriba transcrita:

ARTICULO 1603. EJECUCION DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

ARTÍCULO 871. PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia precisa en su jurisprudencia esta prohibición: **"…**De todo lo anterior se deduce que el propio comportamiento contractual de la demandante no sirve de puntal idóneo para obtener el pago de los perjuicios que reclama en la demanda, puesto que las manifestaciones de voluntad insertas en la propuesta "estaban destinadas a producir confianza e imponían a los contratantes una serie de cargas, entre otras, el conocimiento del negocio jurídico, o sea, el deber de saber lo que cada quien estipuló a su cargo y cuya desatención por incuria o negligencia hacía asumir al responsable las consecuencias dañosas, tal como lo preconiza el aforismo latino que se enuncia diciendo *nemoauditurpropriamturpitudinemallegans* (nadie puede hacer oír en juicio aduciendo su propia torpeza -sic-)"…" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Sentencia del 3 de junio de 2005. Referencia: Expediente No. 22.636-01

[389]*"…En reciente sentencia de 9 de agosto de 2007, expediente 00294 dijo esta Sala; "La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles (…) El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohijar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: "Nemoauditurpropriamturpitudinemallegans" (…) En cabal realización de estas premisas, las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o qué duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada "Teoría de los Actos Propios".* CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. Sentencia del 16 de junio de 2008. Referencia: 11001-3103-005-1996-11843-01.

[390]No quiere decir que este principio sea exclusivamente aplicable a este tema. A propósito, LARENZ considera que al ser la buena fe y la confianza la base del trafico jurídico, este principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable en general a todas las especiales vinculaciones jurídicas, por ello se extiende a otros campos como el Derecho de las Cosas, el Derecho Procesal o el Derecho Público . LARENZ, Karl. Derecho de las Obligaciones Tomo I: Editora Revista de Derecho Privado. Madrid 1958, página 144.

ARTÍCULO 863. BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL. Las partes deberán proceder de buena fue exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

A partir de estas disposiciones normativas, se puede apreciar la proyección plurifásica[391] del principio de la buena fe en materia contractual, al ser obligatoria su observancia tanto en la etapa precontractual, en la celebración del contrato y en su correspondiente ejecución.

Se observa pues un desarrollo profuso de este principio inicialmente incorporado en materia de Derecho Privado, tal y como se ha expuesto hasta el momento. Sin embargo, en virtud de su positivización en el artículo 83[392] constitucional, se extendió expresamente su aplicación al Derecho Público y particularmente al Derecho Administrativo[393].

En las discusiones suscitadas en el seno de la Asamblea Constituyente de 1991, se puede auscultar la finalidad de la consagración de este principio en la Carta Política:

"…El de la Buena Fe es uno de aquellos grandes principios, cuya consagración constitucional tiene la finalidad, primero la de convertirlo en criterio rector de todo el ordenamiento jurídico, pero más específicamente, otorgarle carácter normativo. La importancia de la norma es su carácter de fuente directa de derechos y obligaciones. No se trata ya meramente de un principio de integración e interpretación del derecho aplicable, sino de un verdadero mandamiento jurídico del cual se derivan una serie de consecuencias prácticas.
Un trascendental efecto de la consagración de este principio en la constitución es su extensión expresa a la administración pública en la cual los funcionarios, parapetados en un legalismo extremo han convertido la ley, máxima garantía de los particulares, en instrumento de opresión y tiranía. En España, el principio, consagrado en el Código Civil, ha sido ampliado recientemente al Derecho Administrativo por una elaboración

[391] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. M.P: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. Sentencia del 2 de agosto de 2001. Expediente No. 6146

[392] Constitución Política. ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

[393] No por ello se debe concluir que este principio requiere de su positivización para ser aplicado en el Derecho Administrativo, recordemos que ante todo la buena fe es un principio general del derecho. Al respecto anota el profesor GONZÁLEZ PÉREZ: "…El hecho de su consagración en una norma legal no suponía que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa hubiera perdido tal carácter. Pues si los principios generales del Derecho, por su propia naturaleza, existen con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva, como tales subsistirán cuando en un Ordenamiento Jurídico se recogen en un precepto positivo, con objeto de que no quepa duda de su pleno reconocimiento…"GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Quinta edición. Civitas, Thomson Reuters. 2009. Página 31

jurisprudencial que reconoce en este instituto un principio que debe regir con fuerza vinculante en todos los sectores del ordenamiento jurídico…"[394]

Del contenido de la consagración constitucional se extraen los siguientes elementos del principio de buena fe en nuestro ordenamiento constitucional: (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas.[395]

El fundamento de la democracia y por ende del Estado de Derecho lo constituye la certeza de los ciudadanos en la palabra oficial. De ahí que en aplicación del principio de buena fe, la Administración resulte vinculada por los compromisos adquiridos voluntariamente.[396]

Como novedad, la Ley 1437 de 2011 consagró expresamente en su artículo 3° el principio de buena fe, en virtud del cual tanto las autoridades administrativas como los particulares deben presumir el comportamiento mutuo en términos de lealtad y fidelidad en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

Así mismo, el nuevo Código en desarrollo de este principio establece, en el artículo 6°, numeral 2°, el siguiente deber de las personas ante las autoridades: "Obrar conforme al principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas."

Es pertinente a su vez señalar que, uno de los fundamentos más importantes que tuvo en cuenta el Gobierno Nacional para expedir el Decreto 019 de 2012 o Estatuto Antitrámites, fue precisamente la aplicación del principio de buena fe[397].

---

[394] Gaceta No. 19. Asamblea Nacional Constituyente. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución. No. 24.Título: Buen Fe. Ponentes: Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero. 4 de marzo de 1991.

[395]Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-790 del 20 de octubre de 2011. M.P: NILSON PINILLA PINILLA

[396] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-985 del 8 de octubre de 2004 M.P. HUMBERTO SIERRA PORTO

[397] DECRETO 19 DE 2012" Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública"
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA… CONSIDERANDO:
…Que el artículo 83 de la Constitución Política dispone que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.
…Que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones tienen el deber de obrar bajo los postulados de la buena fe, es decir que deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad.
Que con la aplicación del principio de la buena fe se logra que este se convierta en un instrumento eficaz para lograr que la administración obre con criterio rector de la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia…

Por su parte, el Estatuto Contractual incorpora en varios artículos este principio[398]. El numeral 2° del artículo 5°[399] lo consagra como un deber en todas las etapas contractuales. El artículo 28[400] establece que, entre otros mandatos y principios, se tendrá en cuenta la buena fe en la interpretación de las reglas contractuales.

Además se debe tener en cuenta que el artículo 23 señala la obligatoriedad en la observancia de los postulados que rigen la función administrativa y de los principios generales del derecho, entre los cuales se encuentra como ya se ha visto la buena fe.

El principio de la buena fe, particularmente respecto a la contratación estatal ha tenido importantes aplicaciones por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Es así como se ha desarrollado la buena fe como principio integrador de las obligaciones que surgen de los vínculos contractuales.

---

[398] Fue la intención manifiesta del legislador:
"… 7. Derechos y deberes de las partes contratantes
La creación de obligaciones se constituye en la diferencia específica del contrato respecto del género denominado acto jurídico, cuyo objeto también puede enderezarse a la modificación o extinción de efectos jurídicos. Por naturaleza los contratos estatales son bilaterales, onerosos y conmutativos. Es decir, que generando obligaciones para las partes contratantes reportan utilidad para ellas y con contenido y extensión que se toman como equivalentes. Claro está que pueden darse contratos gratuitos como la donación, etc.; pero por regla general poseen las características señaladas.
Emanación directa de la normatividad de los actos jurídicos, es el principio de la buena fe, por virtud del cual los contratos deben ejecutarse de acuerdo con lo convenido y teniendo presente lo que por su naturaleza les pertenece. O sea que las partes tienen el derecho recíproco de exigirse las prestaciones a que se han obligado y el deber jurídico de cumplirlas de buena fe. Es sin duda ese el principal deber que corresponde a los contratantes. Sin embargo, además de la ejecución de las prestaciones específicas que del contrato emanan, se predican una serie de deberes y derechos que orientarán la ejecución de todo contrato estatal, los cuales se fundamentan de un lado en los fines estatales que desarrolla el contrato y en el interés de alcanzar una utilidad económica con ocasión de la celebración del negocio por parte del contratista, por el otro. A estos deberes y derechos el proyecto les da particular importancia por cuanto se levantan como guía en el desarrollo del contrato (artículos 4O. y 5O.)…" Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

[399] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 5. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:
…2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamiento que pudieran presentarse.

[400] Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

"…En consecuencia, frente al contrato (privado o público) operan los fenómenos de integración e interpretación, el primero está asociado a la verificación y articulación de las normas de orden público que, sin encontrarse expresamente estipuladas por las partes, integran el negocio jurídico y se imbrican con el mismo, mientras que el segundo se refiere a la forma cómo se fija el contenido y alcance de las cláusulas convencionales y su aplicación.
…En consecuencia, se reitera, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio consagran el principio de buena fe contractual, postulado que tanto en su dimensión subjetiva como objetiva integran al negocio jurídico una serie de principios, valores y reglas que aunque no se encuentren de manera expresa estipuladas, sí son de obligatorio cumplimiento para las partes pues se vinculan al mismo para facilitar la integración y la interpretación del contrato, lo que permite establecer su verdadero y real contenido y alcance…"[401]

Del mismo modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha incorporado la teoría del acto propio cuyo fundamento, como ya se dijo, se encuentra en el postulado de la buena fe.

"…la regla "venire contra factumproprium non valet" tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado. La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 82 sic) de la C.P., y en materia de contratación pública, contemplada su eficacia jurídica de conformidad con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993… en cuya virtud:
…Por manera que la buena fe, exige un proceder justo y leal dentro de los procesos de selección y escogencia para los particulares oferentes cuanto más para la administración, que con las excepciones de ley, implica que no se pueda lícitamente desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por los mismos en dichos procesos como posteriormente en sede judicial…"[402]

Para la Corte Constitucional, la teoría del acto propio encuentra también sustento en el principio del debido proceso:

"…El respeto al acto propio resulta ser, al tiempo que una expresión del principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, uno de los elementos que conforma el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta…
…La Corte Constitucional ha afirmado, en el mismo sentido, el principio de respeto del acto propio como una de las manifestaciones del derecho al debido proceso,[403] *al*

---

[401] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Radicación número: 17001-23-31-000-1996-03070-01(17863)
[402] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 26 de abril de 2006. Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041)
[403] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-366 del 10 de mayo de 2002.M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL. Ver además Sentencia T-723 del 22 de julio de 2008. M.P: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

establecer que "no está permitido que quien profiere un acto generador de una situación particular y concreta a favor de otro, lo revoque posteriormente de manera inconsulta y unilateral, basándose para ello en criterios irrazonables o desproporcionados que modifican la posición jurídica inicialmente definida…"[404]

Así mismo, cabe resaltar que el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa a través de la Sección Tercera, recientemente unificó la jurisprudencia sobre los temas de enriquecimiento sin causa y la consecuente *actio de in rem verso,* basándose en la correcta aplicación del principio de buena fe en materia contractual, en los siguientes términos:

"…*Para este efecto la Sala empieza por precisar que,* ***por regla general****, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.*

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al márgen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el itercontractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

[404]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-064 del 29 de enero de 2004.M.P: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados…"[405](Subraya fuera de texto)

Finalmente vale decir que, el Consejo de Estado[406] destaca la aplicación de este principio en todas las etapas que agotan los procesos contractuales, teniendo manifestaciones concretas como la elaboración de los pliegos de condiciones, los cuales como regla general son inalterables y contienen reglas objetivas que no inducen a error, que precisan el valor y la calidad de los bienes o servicios requeridos y que no fijan condiciones de imposible cumplimiento. Así mismo, a los oferentes se les prohíbe incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad; formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas; y ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar con el propósito de hacer incurrir a la administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato.

2.3.14 Principio de la confianza legítima

Si bien el principio de confianza legítima sólo hasta hace poco ha sido mencionado expresamente por nuestro ordenamiento jurídico,[407] encuentra su fundamento de

[405]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA SECCION TERCERA. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897)

[406]CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

[407]DECRETO 19 DE 2012.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA…

CONSIDERANDO:…

Que con el objeto de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades que cumplen funciones administrativas, contribuir a la eficacia y eficiencia de estas y fortalecer, entre otros, los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia y moralidad, se requiere racionalizar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios contenidos en normas con fuerza de ley…

Vale la pena recordar lo expresado al respecto por el profesor VALBUENA HERNÁNDEZ: "…no podemos caer en el error de considerar que este principio no hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, pues la tutela jurídica de la confianza es de suyo inmanente a las relaciones jurídicas, y de manera especial a las relaciones de derecho público… el hecho de que este principio no se encuentre regulado en forma explícita no obsta para que las autoridades cumplan con la obligación de brindar protección a las expectativas plausibles de los administrados…" VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la Teoría de la Responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2008. Páginas 224 y 225

aplicación en otros principios constitucionales como la buena fe, la seguridad jurídica y el respeto al acto propio[408].

La Corte Constitucional incorporó este principio en los siguientes términos:

"…Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política…"[409]

La confianza legítima entonces "…propugna por la edificación de un ambiente de tranquilidad en las relaciones que construyen los asociados frente a las autoridades públicas o los particulares, de forma tal que puedan esperar, de buena fe, que sus actuaciones no sean variadas de manera abrupta a menos de que prime un fin constitucionalmente legítimo…"[410]

En el mismo sentido, el profesor argentino PEDRO COVIELLO[411] señala que:

"…La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos, comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla…"

En este orden de ideas, el principio de la confianza legítima soporta las relaciones entre el administrado y la Administración en aplicación del principio constitucional de la buena fe[412], configurándose este último como el género y aquel como la

---

[408]Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-698 del 6 de septiembre de 2010. M.P : JUAN CARLOS HENAO PÉREZ ; Sentencia T-173 del 21 de febrero de 2008. M.P: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

[409]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-478 del 9 de septiembre de 1998 M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

[410]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-308 del 28 de abril de 2011. M.P: HUMBERTO SIERRA PORTO

[411]COVIELLO, Pedro José Jorge. La Protección de la Confianza del Administrado. Derecho Argentino y Derecho comparado. LexisNexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2004. Página 462

[412]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MARÍA ELENA GIRALDO GOMEZ. Sentencia del 25 de enero de 2001. Radicación número: 9672

especie[413]. Este principio opera frente a cambios bruscos, intempestivos o súbitos de las autoridades administrativas que no implican el desconocimiento de derechos adquiridos sino de expectativas de los administrados. Por ello, resulta indispensable entonces precisar en qué situaciones procede la protección de dichas expectativas.

Al respecto, el profesor VALBUENA HERNÁNDEZ[414] señala que para la aplicación de este principio son necesarios los siguientes presupuestos: "…1.Que las expectativas se encuentren fundadas en unos hechos o circunstancias objetivas atribuibles al Estado, capaces de propiciar el surgimiento de la confianza; 2. Que esta pueda ser catalogada de legítima; 3. Que el administrado haya tomado algunas decisiones o realizado determinados comportamientos demostrativos de ella; 4. Que las autoridades hayan defraudado dicha confianza, al modificar de manera súbita e inesperada la situación jurídica del administrado, desconociendo de esta manera sus deberes de lealtad, probidad y coherencia; 5. Que el Estado haya pretermitido la adopción de medidas encaminadas a conjurar, moderar o evitar los efectos lesivos derivados de su conducta, impidiendo que el administrado se pueda adaptar a la nueva situación creada; y 6. Que la protección de la confianza sea considerada prioritaria frente a la protección de otros principios y valores constitucionales, lo cual implica la ponderación de todos ellos frente al principio de confianza legítima…"

Estos presupuestos de aplicación del principio han sido ratificados y precisados por el Consejo de Estado:

"…Pero este principio no puede ser invocado sin tener en cuenta que en el caso concreto se cumplan los presupuestos y condiciones que la misma doctrina ha decantado para identificar situaciones de confianza legítima, los cuales son, entre otros:
La existencia de una base objetiva de confianza, entendidos estos como "signos externos de carácter concluyente que sirvan de «base para la confianza» y tengan la capacidad de generar expectativas razonables, ciertas y plausibles para los administrados".
La Legitimidad de la confianza, entendida como aquella confianza que no está fundada en la visión subjetiva, sino aquella que se encuentra conforme a la razón y por lo tanto tiene un fundamento razonable…"[415]

[413]VIANA CLEVES, M.J. El Principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo colombiano. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. Citado por ARAÚJO OÑATE, Rocío. El Procedimiento Administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano. En Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa. Presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. ABERASTURY, Pedro –BLANKE, Hermann J. (coordinadores).Editorial Eudeba - Fundación Konrad Adenauer. 2012. Página 444

[414]VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la Teoría de la Responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 158

[415]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 14 de marzo de 2012. Radicación número: 68001-23-15-000-2002-02183-01(AP)

Así mismo, esta Corporación señaló que:

"…Precisamente, los presupuestos que se le reconocen a la confianza legítima son: i) que se esté en presencia de una decisión administrativa o de una conducta o comportamiento concreto suyo; ii) la contradicción o diferencia de ella con decisiones anteriores, que han recibido soluciones diferentes, y que sirven de referencia para la comparación; o también la existencia de una comunicación o consentimiento de la administración para ejecutar algo y la posterior negación o contradicción de la misma; iii) la existencia de supuestos fácticos y/o jurídicos comunes y similares entre la decisión o actuación anterior y la nueva; y iv) la necesidad de que tanto las decisiones o actuaciones administrativas anteriores y la que se juzga sean de contenido individual…v) que la confianza del ciudadano efectivamente sea legítima, es decir, que debe fundarse en un comportamiento o actos de la administración que generen esa convicción, y por ende que esté desprovista de dolo, negligencia o descuido del administrado en la formación de una decisión favorable…vi) También se requiere que la confianza creada provenga de la autoridad de quien se exige la observancia del comportamiento precedente, es decir, que la confianza la debe generar la entidad de quien se exige su respeto…"[416]

En otra oportunidad, expresó lo siguiente:

"…De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacional, para poder dar aplicación al principio de confianza legítima, es preciso que a partir de las acciones, omisiones o declaraciones de las propias autoridades, se hayan generado unas expectativas ciertas lo suficientemente razonables y fundadas, capaces de inducir al administrado a tomar algunas decisiones, a asumir ciertas posturas o a realizar determinados comportamientos, amparado en la situación de confianza propiciada por el Estado, y que posteriormente resulta defraudada de manera sorpresiva e inesperada por parte de las autoridades, incurriendo en un desconocimiento inadmisible de sus deberes de lealtad y coherencia.
En ese orden de ideas, los tratadistas SYLVIA CALMES y PIERRE PESCATORE, consideran que para poder identificar una situación de confianza protegible es necesario que existan unos signos externos de carácter concluyente que sirvan de "base de la confianza",y tengan la capacidad de generar esas expectativas razonables, ciertas y plausibles en los administrados, especialmente cuando no resulta fácil advertir un cambio de rumbo o la asunción de nuevos criterios por parte de la administración. Se trata de unos actos o hechos que representan de manera asertiva, inequívoca y concluyente, una postura, una decisión o el sentido de la voluntad administrativa, a partir de los cuales resulta razonable y justificado el surgimiento de la confianza de los administrados.
…Dicho de otra manera, la base de la confianza está constituida por aquellos signos externos que tienen la capacidad de inducir a los administrados a creer en la estabilidad, regularidad y proyección futura de una situación jurídica particular y concreta; en la perdurabilidad de una regulación; en el mantenimiento de un criterio o una doctrina; en la vigencia de una regla; en el mantenimiento de unos beneficios, etc., siempre y cuando tales convicciones sean el fruto de una deducción razonable, totalmente exenta de dolo o culpa…"[417]

---

[416] CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 15 de febrero de 2011. Radicación numero: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI)

[417] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. C.P: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E). Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicación numero: 25000-23-15-000-2011-00213-01(PI)

De todo lo anteriormente expuesto se colige que este principio está sometido a una aplicación rigurosa de sus presupuestos. No cualquier actuación de la Administración entonces supone la aplicación de este principio, como tampoco, cualquier actuación de la Administración supone la imposibilidad para ésta de modificarla[418]. Recordemos que la Administración tiene la finalidad de satisfacer el interés general por lo que este principio también debe ser sopesado en cada caso particular cuando así mismo se pretenda cumplir con los postulados de la confianza legítima.

Finalmente, cabe anotar que según la jurisprudencia constitucional la protección sobre el administrado que conlleva la aplicación del principio de confianza legítima no implica INDEMNIZACIÓN NI REPARACIÓN.[419]

---

[418] *"…También considera la doctrina que el desconocimiento del principio de confianza legítima por un cambio de reglamentación no es absoluto, pues las personas afectadas deben tomar en cuenta, en razón de la naturaleza misma de la reglamentación y del margen de apreciación de la administración, la posibilidad de un cambio de reglamentación.*
La Corte Constitucional en Sentencia C-007 de 2002 señaló respecto de la seguridad jurídica que en el Estado Social de Derecho ella"no impide cambios en las reglas de juego pero sí exige que éstos no se hagan arbitraria y súbitamente sin consideración alguna por la estabilidad de los marcos jurídicos que rigen la acción de las personas y en desmedro de la previsibilidad de las consecuencias que se derivan para los particulares de ajustar su comportamiento a dichas reglas".
En cuanto a la confianza legítima, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este principio "se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse." Empero, la misma jurisprudencia también ha previsto que la aplicación del principio de confianza legítima no es óbice para que la administración adelante programas que modifiquen tales expectativas favorables, sino que, en todo caso, no "puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular."
*De conformidad con lo anterior es claro que la administración no está obligada a mantener indefinidamente una regulación, pues en el Estado Social de Derecho, la seguridad jurídica no impide la modificación de las reglas de juego pero sí exige que los cambios no se hagan de manera arbitraria y en forma inesperada sin tomar en cuenta la estabilidad de los andamiajes jurídicos que rigen en un momento dado la acción de las personas y desconociendo las consecuencias que los particulares deben asumir para ajustar su comportamiento a las nuevas normas…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. C.P: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Sentencia del 29 de septiembre de 2011. Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00862-01

[419] *"…La denominada confianza legítima tiene su sustento en el principio general de la buena fé. Si unos ocupantes del espacio público, creen, equivocadamente claro está, que tienen un derecho sobre aquél porque el Estado no solamente les ha permitido sino facilitado que ejecuten actos de ocupación, y han pasado muchos años en esta situación que la Nación y el Municipio contribuyeron a crear, es justo que esos ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado social de derecho. Pero, es necesario aclarar, la medida de protección que se dé no equivale a INDEMNIZACION ni a REPARACION, como tampoco es un desconocimiento del principio de interés general…"* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-438 de septiembre 17 de 1996, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Particularmente en materia contractual, este principio ha sido aplicado por la jurisprudencia. La Corte Constitucional, partiendo de su relación estrecha con el principio de la buena fe, ha señalado su importancia en la actividad contractual del Estado.

"…Proyección clara del principio de la buena fe es el de la confianza legítima en la administración y en la esperanza de que no se actuará lesionando los intereses de los contratistas. Por esta especial circunstancia que la Corte quiere destacar, resultó lesionado el principio en comento, pues como se viene señalando, la aplicación del principio de la buena fe en el escenario contractual permite al administrado tener la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines que se persiguen. Y en que no le va a ser exigido en la forma más inadecuada y gravosa en atención a sus condiciones personales y a las propias de la administración pública. Confianza legítima en que no se le va a imponer una obligación que ni aún superando dificultades extraordinarias puede cumplir. Confianza, en fin, en que la administración no va a adoptar una conducta inesperada y contraevidente que sólo sirve para eludirla.
Si la buena fe incorpora el valor ético de la confianza, con la conducta de la Dirección de Inteligencia del Ejército de adjudicar un contrato inejecutable agravando las condiciones del contratista y a sabiendas de que no le era posible el cumplimiento del contrato, se infringió el principio de buena fe, tan reforzado en la actualidad por la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado, en su proyección de confianza en la administración…"[420]

El Consejo de Estado también ha aplicado este principio en varias ocasiones. En una de ellas se equipara al principio de buena fe:

"…La Administración Municipal de Santiago de Tolú no honró, tratándose de los hechos a cuyo análisis se contrae el presente litigio, los principios de legalidad, de economía y de planeación ordenados por la ley, en la medida en que no hizo las reservas y provisiones presupuestales requeridas, en relación con la contratación de los diseños de señalización con la firma demandante, ***pero más cuestionable aún resulta su proceder en relación con la inclusión en el contrato de un rubro que aparentemente otorgaba respaldo presupuestal para satisfacer el pago de los trabajos que realizaría el contratista y la expedición de un certificado en el cual constaba la existencia de una disponibilidad presupuestal por cuantía de $ 225'000.000 (fl. 136, cd.1), cuando en realidad tal partida se encontraba comprometida para atender otros gastos de la Administración o seguramente ésta no contaba con los fondos suficientes para cumplir las obligaciones dinerarias contraídas, tal como lo refleja el testimonio de la ex Alcaldesa del Municipio, hecho que indudablemente compromete los principios esenciales de la buena fe y la confianza legítima que deben informar el desarrollo de toda relación contractual****.*
En efecto, el contratista celebró el contrato con la convicción de que la remuneración a la cual tenía derecho se encontraba respaldada por la respectiva partida presupuestal, puesto que no otra cosa podía interpretar al leer la cláusula tercera del documento contentivo del contrato No. 03-CONS-MST-01-96 y al examinar el certificado de

[420]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006. M.P: JAIME CORDOVA TRIVIÑO.

disponibilidad presupuestal anexo; empero, después de entregar los trabajos que le fueron encomendados se encontró con la no grata sorpresa de que no existía partida presupuestal para satisfacer su pago…"[421] (negrita y subraya fuera de texto)

En otra providencia, en la que de igual forma se equipara este principio al de la buena fe y se relaciona a su vez con la prohibición de ir contra el acto propio y la seguridad jurídica, expresó lo siguiente:

"…La omisión del Director del IDU, consistente en no efectuar un procedimiento previo para verificar la verdad real de los hechos, tal como lo había manifestado en la audiencia pública de adjudicación, muestra que el Agente del Estado actuó contra su propio acto, en trasgresión al principio constitucional de la buena fe, que protege la confianza que los particulares han depositado al deber de coherencia en el actuar del funcionario, quien tiene la carga de respetar y someterse a una situación creada anteriormente por su propia conducta…"[422]

Sobre el tema, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

"*En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución,* ***a partir del principio de la confianza legítima****. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación (…)*[423]*"*(negrita y subraya fuera de texto)

En las jurisprudencias citadas se aprecia la intención de equiparar el principio de confianza legítima al principio de buena fe o a la prohibición de ir contra el acto propio o a la seguridad jurídica. No obstante, consideramos que si bien es cierto este principio se fundamenta en aquellos no quiere decir que éste no goce de independencia y autonomía. Ya, en renglones superiores señalamos cuáles son los elementos propios de este principio que permiten diferenciarlo (verbigracia: se aplica ante cambios bruscos, intempestivos, súbitos; no se refiere a derechos adquiridos sino a expectativas legítimas; surge a partir de una conducta inequívoca de la Administración, etc). De no ser así, perdería toda razón insistir en la aplicación de este principio, pues en últimas siempre quedaría subsumido en otros, sin tener entonces su existencia ninguna justificación.

---

[421] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 30 de julio de 2008. Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003)

[422] CONSEJO DE ESTADO. SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 26 de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02608-01(30329)

[423] CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-836 del 9 de agosto de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

Tal vez, por esta razón recientemente el propio Consejo de Estado ha puesto de relieve esta apreciación:

"...Sin embargo, los fundamentos jurídicos de este principio, de reciente introducción en nuestro país –pero en realidad en casi todos los países de nuestro sistema jurídico, excepto Alemania que ya avanzó mucho en ello- son bastante discutibles, toda vez que para muchos también se apuntala en el principio que prohíbe ir contra los actos propios, e incluso en el principio de la buena fe. ***Pero al margen de esta discusión, lo cierto es que este nuevo principio no es ninguno de los anteriores sino uno autónomo, que busca su independencia de aquéllos, llenándose de contenido propio y necesitado de buscar espacios en los cuales pueda desplegar su contenido jurídico****..."* (Subraya y negrita fuera de texto)[424]

Estas imprecisiones conceptuales ocasionan cierta confusión, la cual redunda negativamente en el diario acontecer de los procesos contractuales del Estado. Pensemos, sólo a título de ejemplo, en el caso en que un oferente alegue la aplicación de este principio al lograr acreditar los requisitos habilitantes establecidos por la entidad estatal y no resultar finalmente adjudicatario del proceso de selección. Ese sólo hecho generaría tal confianza? Así mismo, podría alegar este principio el proponente que obtenga la mayor puntuación de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos en los pliegos de condiciones y no resulte finalmente adjudicatario del proceso de selección? Necesariamente, debemos remitirnos entonces, en cada caso, a los presupuestos de aplicación de este principio que señalamos con anterioridad.

2.3.15 Principio de participación

La Constitución de 1991[425] ratificó la democracia como régimen político dentro de la nueva cláusula de Estado Social de Derecho, extendiendo su campo de acción no sólo en la esfera representativa sino también en la órbita participativa.

---

[424]CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 15 de febrero de 2011. Radicación numero: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI)

[425]Constitución Política

PREÁMBULO

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

TITULO I.

DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y

En este contexto, la participación se erige como principio fundante y fin esencial del Estado[426] y como un deber de todo ciudadano[427], complementando entonces así su tradicional dimensión política. En palabras de la propia Corte Constitucional:

"…El concepto de democracia participativa es más moderno y amplio que el de la democracia representativa. Abarca el traslado de los principios democráticos a esferas diferentes de la electoral, lo cual está expresamente plasmado en el artículo 2° de la Carta. Es una extensión del concepto de ciudadanía y un replanteamiento de su papel en una esfera pública que rebasa lo meramente electoral y estatal. El ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán en el rumbo de su vida".[428]

---

pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.
ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.
ARTICULO 3o. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

[426] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-337 del 17 de julio de 1997. M.P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ

[427] Constitución Política. ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.
Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.
Son deberes de la persona y del ciudadano:
1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituídas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

[428] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-637 del 15 de junio de 2001. M.P: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

De este modo, la participación ciudadana se entiende como la posibilidad de tomar parte en la vida social como miembro de la comunidad y titular de derechos y deberes, lo cual implica su ejercicio consciente y responsable[429].

Particularmente, tal y como lo señala el citado artículo 2° de la Carta Política, dentro de estos procesos decisorios de la comunidad se encuentran los asuntos administrativos. En este sentido, el profesor DE VEGA PINZÓN, sostiene que:

"…Hoy hay toda una mega tendencia en el derecho administrativo contemporáneo que pudiéramos llamar de "democracia administrativa" en donde la relación autoritaria que vinculó tradicionalmente a la Administración y a los administrados, hoy ha devenido en una relación menos desigual, si se quiere más amable y humana que ha dado lugar al fortalecimiento y surgimiento de principios que presiden esa relación tales como el de confianza legítima, participación, buena fe, proporcionalidad, razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad, principio de la menor lesividad para el administrado, etc, y además se ha dotado al administrado de una serie de mecanismos de interpelación, concertación y hasta de fiscalización de la actividad de la Administración, lo que sin duda marca una tendencia muy clara de una nueva relación entre la Administración pública y los administrados…"[430]

Novedosamente, la Ley 1437 de 2011 en su artículo 3° numeral 6°, incorpora de manera expresa este principio como un límite a las actuaciones y procedimientos administrativos, señalando el deber en cabeza de las autoridades administrativas de promover y atender 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.

Es preciso reiterar que la publicidad de la información oficial posibilita el control de la gestión pública por parte de la ciudadanía en general y, por ende, la materialización de este principio.[431]

---

[429] RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La participación ciudadana dentro de los procesos ambientales. Análisis del caso colombiano. Página 198. En "Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas". ZAMBONINO PULITO, María (Directora). Iustel. Madrid, 2010

[430] DE VEGA PINZÓN, Gabriel. "LA RELACION JURÍDICO PROCESAL ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS ADMINISTRADOS. La Democracia administrativa: la evolución de los derechos de los administrados - Un bosquejo sobre el caso colombiano-". Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI. Derecho Procesal, Tomo V. Obra Conmemorativa de los ochenta años del Restablecimiento de la Pontificia Universidad Javeriana. Editorial TEMIS - Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Página 503

[431] *"…El fortalecimiento de una democracia constitucional guarda una estrecha relación con la garantía del derecho de todas las personas a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley. La publicidad de la información permite que la persona pueda controlar la gestión pública, en sus diversos órdenes: presupuestal, grado de avance en los objetivos planteados, planes del Estado para mejorar las condiciones de vida de la sociedad, entre otros. En tal sentido, el control efectivo de los ciudadanos sobre las acciones públicas requiere no sólo una abstención por parte del Estado de censurar la información sino que demanda una acción positiva consistente en proporcionarle a los individuos los medios para que accedan a los archivos y documentos en los cuales se plasma, día a día, la actividad estatal.*
Al respecto, la Constitución de 1991 consagra a la democracia participativa como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano. De allí que, en consecuencia, en su artículo 74

Existen pues variadas manifestaciones de este principio en el plano administrativo, consagradas en la Constitución y la Ley, dentro de las cuales encontramos, entre otras, las siguientes[432]: i) Derecho de petición (artículo 23 constitucional[433], capítulo II Ley 1437 de 2011[434]); ii) Participación en materias educativas y culturales (artículos 41[435], 45[436], 68[437], Ley 115 de 1994[438]); iii) Participación y los bienes y servicios a la comunidad (artículo 78[439], Ley 1480 de 2011[440]); iv)

---

*establezca, como regla general, que las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, y que únicamente por voluntad del legislador y de manera excepcional, algunos de aquellos estarán sometidos a reserva. En tal sentido, uno de los propósitos de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente fue aquel de desterrar la llamada "cultura del secreto", característica de sociedades de tendencia antidemocrática en las cuales no existe publicidad de los actos de las autoridades públicas, ya que toda información en poder del Estado es reservada, salvo algunas excepciones…"*CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-872 del 30 de septiembre de 2003. M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

[432] En este aspecto, seguimos el trabajo de la profesora y ex-consejera de Estado, Dra. Consuelo Sarria Olcos. "La participación administrativa en Colombia" Páginas 205-245. En "Constitucionalismo, participación y democracia". Librería Ethos-Uniboyacá. 1997

[433] Constitución Política. ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

[434] Las normas que componen este Título fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-818 de 2011, de manera diferida a partir del 31 de diciembre de 2014.

[435]Constitución Política. ARTICULO 41. En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución.

[436]Constitución Política. ARTICULO 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

[437] Constitución Política. ARTICULO 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.

La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

[438] Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la ley general de educación", entre otros artículos:

ARTÍCULO 6o. COMUNIDAD EDUCATIVA. De acuerdo con el artículo 68 de la Constitución Política, la comunidad educativa participará en la dirección de los establecimientos educativos, en los términos de la presente Ley.

La comunidad educativa está conformada por estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados, directivos docentes y administradores escolares. Todos ellos, según su competencia, participarán en el diseño, ejecución y evaluación del Proyecto Educativo Institucional y en la buena marcha del respectivo establecimiento educativo.

Participación y servicios públicos (artículo 396[441], Ley 142 de 1994[442]); v) Participación y medio ambiente (artículo 79[443], Ley 99 de 1993[444]); vi) Participación

---

ARTÍCULO 7o. LA FAMILIA. A la familia como núcleo fundamental de la sociedad y primer responsable de la educación de los hijos, hasta la mayoría de edad o hasta cuando ocurra cualquier otra clase o forma de emancipación, le corresponde:
a) Matricular a sus hijos en instituciones educativas que respondan a sus expectativas, para que reciban una educación conforme a los fines y objetivos establecidos en la Constitución, la ley y el proyecto educativo institucional;
b) Participar en las asociaciones de padres de familia;
c) Informarse sobre el rendimiento académico y el comportamiento de sus hijos, y sobre la marcha de la institución educativa, y en ambos casos, participar en las acciones de mejoramiento;
d) Buscar y recibir orientación sobre la educación de los hijos;
e) Participar en el Consejo Directivo, asociaciones o comités, para velar por la adecuada prestación del servicio educativo;
f) Contribuir solidariamente con la institución educativa para la formación de sus hijos, y
g) Educar a sus hijos y proporcionarles en el hogar el ambiente adecuado para su desarrollo integral.

[439]Constitución Política. ARTICULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.
Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.
El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

[440] Ley 1480 de 2011. "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones."
ARTÍCULO 3o. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:
…1.8. Derecho a la participación: Organizarse y asociarse para proteger sus derechos e intereses, elegir a sus representantes, participar y ser oídos por quienes cumplan funciones públicas en el estudio de las decisiones legales y administrativas que les conciernen, así como a obtener respuesta a sus peticiones…

[441] Constitución Política. ARTICULO 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

[442] Ley 142 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.", entre otros artículos:
ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370de la Constitución Política, para los siguientes fines:
…2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación…
ARTÍCULO 5o. COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS EN CUANTO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:
…5.2. Asegurar en los términos de esta Ley, la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos en el municipio…

y control de gestión (artículo 270[445], Ley 850 de 2003[446]); vii) Participación y contratación estatal (artículo 273[447], Ley 80 de 1993)

Es preciso tener en cuenta además que, actualmente se encuentra en control previo de constitucionalidad el PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO

TÍTULO V. REGULACION, CONTROL Y VIGILANCIA DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. CAPÍTULO I. CONTROL SOCIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Artículos 62 a 66…

[443] Constitución Política. ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.
Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

[444]Ley 99 de 1993 "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones."
TÍTULO X.
DE LOS MODOS Y PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA
ARTÍCULO 69. DEL DERECHO A INTERVENIR EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS AMBIENTALES. Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales.
…y siguientes hasta el artículo 76…

[445]Constitución Política. ARTICULO 270. La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

[446] Ley 850 de 2003 "Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas."
ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN. Se entiende por Veeduría Ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, <sic> administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.
Dicha vigilancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 de la Constitución Política y el artículo 100 de la Ley 134 de 1994, se ejercerá en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o parcial, se empleen los recursos públicos, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley.
Los representantes legales de las entidades públicas o privadas encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público deberán por iniciativa propia, u obligatoriamente a solicitud de un ciudadano o de una organización civil informar a los ciudadanos y a las organizaciones civiles a través de un medio de amplia difusión en el respectivo nivel territorial, para que ejerza la vigilancia correspondiente.
PARÁGRAFO. Cuando se trate de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, este control se ejercerá de conformidad con lo preceptuado en la Ley 100 de 1994.

[447]Constitución Política. ARTICULO 273. A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.
Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley.

227 DE 2012 SENADO, 134 DE 2011 CÁMARA, ACUMULADO PROYECTO DE LEY NÚMERO 133 DE 2011 "Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática"[448]

El objeto de esta norma es promover, proteger y garantizar modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, y así mismo a controlar el poder político, por lo cual resulta imperativo seguir con atención el texto que finalmente se convierta en Ley de la República.

Respecto a la contratación pública, vale la pena traer a colación la norma correspondiente de la Ley 80 de 1993 que materializa este principio:

"ARTÍCULO 66. DE LA PARTICIPACIÓN COMUNITARIA. Todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano.
Las asociaciones cívicas, comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común, podrán denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares, que constituyan delitos, contravenciones o faltas en materia de contratación estatal.
Las autoridades brindarán especial apoyo y colaboración a las personas y asociaciones que emprendan campañas de control y vigilancia de la gestión pública contractual y oportunamente suministrarán la documentación e información que requieran para el cumplimiento de tales tareas.
El Gobierno Nacional y los de las entidades territoriales establecerán sistemas y mecanismos de estímulo de la vigilancia y control comunitario en la actividad contractual orientados a recompensar dichas labores.
Las entidades estatales podrán contratar con las asociaciones de profesionales y gremiales y con las universidades y centros especializados de investigación, el estudio y análisis de las gestiones contractuales realizadas."

Finalmente, resulta oportuno señalar que podría pensarse que este principio no rige la contratación de las entidades exceptuadas del Estatuto Contractual. Si tenemos en cuenta que la participación ciudadana como control de la gestión pública se fundamenta en la propia Constitución Política y en otras normas legales citadas como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Ley 850 de 2003, forzoso es concluir todo lo contrario. Dichos procesos contractuales especiales deben promover y tener en cuenta la participación activa de las denominadas veedurías ciudadanas, lo cual además resulta imperativo para garantizar la correcta aplicación de todos los principios desarrollados en este aparte de la investigación[449].

[448] Ver Informe de Conciliación del Proyecto de Ley en la Gaceta del Congreso No. 343 del 12 de junio de 2012.
[449] Ley 850 de 2003. "Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas."
… ARTÍCULO 5o. AMBITO DEL EJERCICIO DE LA VIGILANCIA. Las veedurías ejercerán la vigilancia en el ámbito nacional, departamental, municipal, y demás entidades territoriales, sobre la gestión pública y los resultados de la misma, trátese de organismos, entidades o dependencias del sector central o descentralizado de la administración pública; en el caso de organismos

2.3.16 Principio de responsabilidad

Este principio encuentra su fundamento constitucional[450] en los artículos 6[451], inciso 2° del artículo 90[452], 121[453], 123[454] y 124[455].

---

descentralizados creados en forma indirecta, o de empresas con participación del capital privado y público tendrán derecho a ejercer la vigilancia sobre los recursos de origen público.
La vigilancia de la Veeduría Ciudadana se ejercerá sobre entidades de cualquier nivel o sector de la administración y sobre particulares y organizaciones no gubernamentales que cumplan funciones públicas, de acuerdo con las materias que interesen a aquellas, de conformidad con su acta de constitución, sin importar el domicilio en el que se hubiere inscrito.
El ejercicio de las veedurías se hará sin perjuicio de otras formas de vigilancia y control de la sociedad civil y de la comunidad, consagradas en las disposiciones legales vigentes y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley 136 de 1994, cuando dicha participación se refiera a los organismos de control…
…ARTÍCULO 6o. Objetivos:
a) Fortalecer los mecanismos de control contra la corrupción en la gestión pública y la contratación estatal;
b) Fortalecer los procesos de participación ciudadana y comunitaria en la toma de decisiones, en la gestión de los asuntos que les atañen y en el seguimiento y control de los proyectos de inversión;
c) Apoyar las labores de las personerías municipales en la promoción y fortalecimiento de los procesos de participación ciudadana y comunitaria;
d) Velar por los intereses de las comunidades como beneficiarios de la acción pública;
e) Propender por el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la función pública;
f) Entablar una relación constante entre los particulares y la administración por ser este un elemento esencial para evitar los abusos de poder y la parcialización excluyente de los gobernantes;
g) Democratizar la administración pública;
h) Promocionar el liderazgo y la participación ciudadana…
…ARTÍCULO 15. FUNCIONES. Las veedurías ciudadanas tendrán como funciones las siguientes:
a) Vigilar los procesos de planeación, para que conforme a la Constitución y la ley se dé participación a la comunidad;
b) Vigilar que en la asignación de los presupuestos se prevean prioritariamente la solución de necesidades básicas insatisfechas según criterios de celeridad, equidad, y eficacia;
c) Vigilar porque el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales;
d) Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones en el correspondiente nivel territorial;
e) Recibir los informes, observaciones y sugerencias que presenten los ciudadanos y organizaciones en relación con las obras o programas que son objeto de veeduría;
f) Solicitar a interventores, supervisores, contratistas, ejecutores, autoridades contratantes y demás autoridades concernientes, los informes, presupuestos, fichas técnicas y demás documentos que permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos;
g) Comunicar a la ciudadanía, mediante asambleas generales o en reuniones, los avances de los procesos de control o vigilancia que estén desarrollando;
h) Remitir a las autoridades correspondientes los informes que se desprendan de la función de control y vigilancia en relación con los asuntos que son objeto de veeduría;
i) Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los funcionarios públicos…

[450] "…Los fundamentos constitucionales para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos se encuentran esencialmente en los artículos 6º -los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones-; 90 –en los eventos en que el Estado sea condenado a responder patrimonialmente, deberá repetir contra sus agentes cuando el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos-; 121 –ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley-; 123 –los servidores públicos

Es pertinente señalar entonces que los servidores públicos responden por acción, omisión o extralimitación de sus funciones. Este principio constituye una de las máximas garantías de los ciudadanos pues consolida el principio de legalidad como sometimiento de las autoridades estatales al ordenamiento jurídico.

El principio de responsabilidad es consecuencia del control sobre la actividad desempeñada por los servidores públicos[456]. De ahí que un servidor público pueda incurrir en diferentes tipos de responsabilidad: penal, disciplinaria, fiscal, civil, política, patrimonial, etc.

Como novedad, la Ley 1437 de 2011 incorporó expresamente este principio como rector de las actuaciones y procedimientos administrativos, así:

"ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS…7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos…"

---

están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento-, y 124 –la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva-…" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002. M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

[451]Constitución Política. ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones

[452] Constitución Política. ARTICULO 90. …En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

[453]Constitución Política. ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

[454] Constitución Política. ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.
La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

[455] Constitución Política. ARTICULO 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

[456] Siguiendo el esquema del tratadista JAIME RAMÍREZ PLAZAS, existen seis tipos de controles a la actividad contractual del Estado:
Administrativo: Lo realiza el Estado
Disciplinario: Lo realiza el Ministerio Público
Jurisdiccional: Lo realiza el Consejo de Estado, Tribunales, Jueces y Fiscalía
Fiscal: Lo realizan las Contralorías
Social: Lo realizan los ciudadanos, las veedurías, etc.
Político: Lo realiza el Congreso, las Asambleas y los Concejos.
Ver RAMÍREZ PLAZAS, Jaime. Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2008.

El Estatuto Contractual consagró expresamente desde su expedición este principio[457], estableciendo algunas reglas precisas, tanto para los servidores públicos como para los contratistas, cuya inobservancia conculca este postulado:

"…ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:
1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.
2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.
3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.
4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.
5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.
6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.
7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.
8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado…"

El alcance de este artículo ha sido precisado por el Consejo de Estado de la siguiente manera:

"…3.3. El legislador estableció en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, precisos supuestos en los cuales se compromete la responsabilidad no sólo del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual (art. 90 C.P.), sino de los servidores públicos y los contratistas que en ella intervienen.
Para garantizar el cumplimiento del principio de responsabilidad los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente,

[457] *"…3. Principio de responsabilidad*
*Si bien el proyecto parte del otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares, desprovista de la exorbitancia que hasta el presente ha caracterizado la legislación contractual, se dispone como contrapartida la aplicación del principio de responsabilidad en la gestión contractual tanto para servidores públicos como para contratistas…"*Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista (Nos. 1 y 8 art. 26); responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas (No. 2 ídem); verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos (No. 3 ídem).

Dispuso también el Legislador que las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia (No. 4 ídem), y que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección se atribuye al jefe o representante de la entidad estatal y no a las juntas, consejos directivos, corporaciones administrativas de elección popular u órganos de control y vigilancia de la misma, ni a los comités asesores.

En cuanto a los particulares contratistas, así como a los asesores, consultores e interventores que participen en los procesos contractuales, también se dispone que deberán responder, incluso civil y penalmente, por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual o precontractual, específicamente los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato (No. 6 ídem), o por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa (No. 7 ídem) y, por supuesto, por la buena calidad del objeto contratado (No 8 ídem)…"[458]

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la Ley 80 de 1993 consagró un capítulo especial que establece normas precisas del régimen de responsabilidad contractual de las entidades estatales[459], de los servidores públicos[460], de los contratistas[461], de los consultores, interventores, asesores[462] y de los particulares[463], y las correspondientes consecuencias de su infracción.

---

[458] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B). C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 28 de mayo de 2012. Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489)

[459] Ley 80 de 1993. V. DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

ARTÍCULO 50. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

[460] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 51. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.

[461] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 52. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley.

[462] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 53. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES. Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal,

Finalmente, es importante señalar que este principio se aplica a quienes desarrollan las actividades contractuales en este tipo de entidades, no en virtud de las disposiciones contenidas en el Estatuto Contractual sino por el hecho de ser servidores públicos, cualificación que no desaparece por el hecho de gozar de un régimen contractual de Derecho Privado.

De esta manera, los servidores públicos que llevan a cabo la actividad contractual, al igual que lo acontecido en virtud de la Ley 80 de 1993, responden en los ámbitos ya mencionados[464].

2.3.17 Principio de transparencia

Como novedad, el numeral 8 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, consagra el principio de transparencia. En virtud de este principio, la actividad administrativa es del dominio público, por lo que salvo expresa reserva legal, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración[465].

---

penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.
Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.
PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley.

[463] Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 56. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES QUE INTERVIENEN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

[464] *"…Del mismo modo, la responsabilidad de los administradores de las empresas sociales del Estado, se regirá directamente por las previsiones del artículo 90 de la Constitución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 80, que recoge parcialmente los alcances del precepto constitucional…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación Número: 1263.

[465] El anterior Código Contencioso Administrativo establecía en términos generales el mismo contenido normativo, pero no con la connotación de principio tal y como lo hace la Ley 1437 de 2011.
"…Decreto Ley 01 de 1984. ARTÍCULO 19. Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional..."

Teniendo en cuenta el alcance establecido en el citado artículo, la transparencia es un principio capital de todo Estado de Derecho pues permite que, como regla general,[466] las actuaciones de la Administración sean conocidas por la comunidad.

El principio de transparencia se fundamenta entonces en el carácter público que tienen los documentos oficiales. En estos términos, la transparencia se debe entender como un principio estrechamente relacionado con el principio de publicidad arriba desarrollado[467]. Uno y otro persiguen la misma finalidad: el conocimiento público de la actividad administrativa por parte de los particulares. Por ello, su alcance debe enmarcarse dentro del tratamiento que a su vez la jurisprudencia le ha dado al principio de publicidad en dicha dimensión.

Cabe resaltar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el tema de la publicidad de los actos y documentos oficiales y su correspondiente acceso por parte de los ciudadanos se encuentra regulado, desde hace ya algún tiempo, por la Ley 57 de 1985[468], la cual establece normas muy puntuales que permiten materializar y determinar el alcance de este importante derecho.

La Corte Constitucional[469] le da el tratamiento de derecho fundamental autónomo a la facultad de todo ciudadano de acceder a los documentos públicos[470], aunque

---

[466] Según lo dispuesto en el Artículo 74 de la Constitución Política, sólo el legislador puede excepcionalmente establecer reservas a los documentos públicos. Al respecto, ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-053 del 16 de febrero de 1995. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

[467] Particularmente frente al principio de transparencia, el profesor y magistrado del Consejo de Estado ENRIQUE ARBOLEDA PERDOMO, cuestiona su creación como novedad principalmente a través de la Ley 80 de 1993, ya que en esencia este principio tiene la misma estructura del principio de publicidad, al cual sólo se le agrega el cariz de que las decisiones administrativas no sólo sean conocidas, sino que además obliga a la Administración a que se le informe a la ciudadanía antes de ser adoptadas, por ello se pregunta si se justifica entonces la elaboración de un nuevo principio. Para conocer más a fondo esta postura doctrinal, ver: CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda y MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón. La Contratación Estatal, Teoría General. Perspectiva comparada y regulación internacional. Editorial Universidad del Rosario. 2010. En Prólogo ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Páginas 19 – 23.

[468] Ley 57 de 1985 "Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales". Modificada parcialmente por la Ley 594 de 2000 y derogada parcialmente por el Decreto 2150 de 1995.

[469] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-860 del 17 de octubre de 2007. M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

[470] *"…Interpretando sistemáticamente las distintas normas de la Constitución, esta Corporación ha declarado que el derecho a acceder a documentos públicos está directamente relacionado con el derecho de petición, al ser una manifestación específica del mismo. El derecho de petición es el género, y el acceso a documentos públicos o a determinadas informaciones, es la especie.*
Por tanto, esta Sala no comparte la decisión adoptada por el Consejo de Estado, al considerar que el acceso a documentos públicos no es un derecho fundamental, por ser autónomo y no encontrarse regulado por la Constitución dentro del capítulo de los derechos fundamentales.
En relación con este último argumento expuesto por el Consejo de Estado, es necesario recordar que la Corte Constitucional, desde sus primeras providencias ha sostenido que los derechos

se vincula al ejercicio de otros derechos fundamentales como el de petición y el de participar en la conformación ejercicio y control del poder político.

El fundamento constitucional de este principio que recoge el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, además del ya varias veces mencionado artículo 209, se establece en el artículo 74 de nuestra Carta Política[471]. Este artículo consagra el derecho que tienen todas las personas para acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca el legislador. La publicidad de los documentos es entonces la regla y la reserva la excepción.

Como ya se anotó, esta reserva le corresponde al legislador. Tratándose entonces de una excepción, la Corte Constitucional[472] ha precisado sus límites:

"…3.3. De otra parte, la Corte Constitucional también ha precisado que los requisitos para que pueda restringirse el derecho de acceso a la información pública suponen un riguroso análisis de constitucionalidad de las medidas que establecen tales restricciones. En ese orden de ideas ha sostenido que las excepciones a este principio general de publicidad de la información deben satisfacer algunos requisitos, a saber:

"8.2.4.1. Sólo pueden ser estipuladas por ley. En relación con la reserva de ley para imponer restricciones al derecho de acceso a los documentos públicos, la Corte ha señalado que, si bien el artículo 74 autoriza que se establezcan excepciones a este derecho por medio de la ley, no especifica un tipo especial de ley. En consecuencia, aunque no se requiera de ley estatutaria, tales limitaciones deben estar contempladas en una ley ordinaria o, en su caso, en un decreto con fuerza de ley, como los expedidos en virtud de la delegación de competencias que puede efectuar el Congreso con fundamento en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución.
8.2.4.2. Tales excepciones deben sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, e igualmente estar relacionadas con la protección de derechos fundamentales, como es el caso de la intimidad, o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional.
8.2.4.3. Deben ser temporales, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público."

Vale decir además que la publicidad de la información oficial posibilita el control de la gestión pública por parte de la ciudadanía en general y, por ende, el desarrollo

---

fundamentales no son sólo aquellos que están consagrados por la Constitución en el capítulo 1 del título II, que trata " De los derechos fundamentales", pues existen otros derechos que no aparecen enunciados allí, pero que, por su naturaleza y contenido, tienen carácter de fundamentales.
Pero el derecho a acceder a documentos públicos no sometidos a reserva, siendo fundamental, está reglamentado y protegido por la ley 57 de 1985…" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-605 del 13 de noviembre de 1996. M.P: JORGE ARANGO MEJÍA

[471]Constitución Política. ARTICULO 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.
El secreto profesional es inviolable.

[472]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-580 del 27 de julio de 2010 Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

del principio de democracia participativa[473] consagrado también en nuestra Carta Política[474].

Es preciso tener en cuenta además que, luego de realizar el respectivo control previo de constitucionalidad del PROYECTO DE LEY NÚMERO 156 DE 2011 SENADO, 228 DE 2012 CÁMARA "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones"[475], la Corte Constitucional declaró exequible en su totalidad esta iniciativa, por lo que próximamente el Gobierno Nacional promulgará esta nueva ley de la República.

El objeto de esta norma es regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para el ejercicio y garantía del derecho las excepciones a la publicidad de información, por lo cual resulta imperativo seguir con atención el texto que finalmente se convierta en Ley de la República.

---

[473] *"…El fortalecimiento de una democracia constitucional guarda una estrecha relación con la garantía del derecho de todas las personas a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley. La publicidad de la información permite que la persona pueda controlar la gestión pública, en sus diversos órdenes: presupuestal, grado de avance en los objetivos planteados, planes del Estado para mejorar las condiciones de vida de la sociedad, entre otros. En tal sentido, el control efectivo de los ciudadanos sobre las acciones públicas requiere no sólo una abstención por parte del Estado de censurar la información sino que demanda una acción positiva consistente en proporcionarle a los individuos los medios para que accedan a los archivos y documentos en los cuales se plasma, día a día, la actividad estatal.*
Al respecto, la Constitución de 1991 consagra a la democracia participativa como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano. De allí que, en consecuencia, en su artículo 74 establezca, como regla general, que las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, y que únicamente por voluntad del legislador y de manera excepcional, algunos de aquellos estarán sometidos a reserva. En tal sentido, uno de los propósitos de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente fue aquel de desterrar la llamada "cultura del secreto", característica de sociedades de tendencia antidemocrática en las cuales no existe publicidad de los actos de las autoridades públicas, ya que toda información en poder del Estado es reservada, salvo algunas excepciones…" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-872 del 30 de septiembre de 2003. M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

[474] Constitución Política. ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.
ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[475] Ver Informe de Conciliación del Proyecto de Ley en la Gaceta del Congreso No. 381 del 19 de junio de 2012.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 adoptó el principio de transparencia como de obligatorio acatamiento en el proceso contractual. Cabe resaltar que el Estatuto Contractual consagra este principio inicialmente en el sentido que ha sido desarrollado hasta el momento, es decir, como el derecho a acceder a los documentos públicos. Sin embargo, establece otras reglas que le dan un alcance mayor a este principio en el plano de la contratación estatal.

En virtud de este principio, el artículo 24 del Estatuto Contractual señala las siguientes reglas precisas:

1. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.
2. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.
3. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.
4. En los pliegos de condiciones: a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación; c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren; e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.
5. En los avisos de publicación de apertura de la licitación y en los pliegos de condiciones, se señalaran las reglas de adjudicación del contrato.
6. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.
7. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.
8. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

Se observa entonces que, adicionalmente al sentido dilucidado hasta ahora respecto del alcance de este principio en torno a la publicidad de los documentos oficiales (reglas 2 y 3), el Estatuto Contractual establece otras reglas que materializan el principio de transparencia y extienden su protección a otros que igualmente rigen la contratación estatal, ampliando así su esfera de acción.

En esta dirección, encontramos que se establecen reglas que desarrollan a su vez el principio del debido proceso, por ejemplo aquellas que consagran el derecho a controvertir actuaciones en precisas etapas del proceso contractual (regla 1), previa exigencia del deber de motivación de las actuaciones contractuales (regla 6). Otras que permiten la materialización de otros principios como la selección objetiva, la imparcialidad, la igualdad de oferentes y la libertad de concurrencia, por ejemplo aquellas que consagran el contenido obligatorio del pliego de condiciones que constituye la columna vertebral de la escogencia objetiva del contratista (regla 4), aquella que establece la obligación de señalar las reglas de la correspondiente adjudicación en el aviso de apertura (regla 5), otra que establece la prohibición de eludir los procedimientos de selección objetiva (regla 7), y finalmente la que impide la inclusión de cualquier tipo de referencia al nombre o cargo de ningún servidor público en los avisos que informen o anuncien la celebración o ejecución de contratos (regla 8).

Adicionalmente, cabe señalar que el mencionado artículo 24 previó en su numeral 1° una disposición que consagraba las reglas que deberían acatar las entidades estatales para la escogencia del contratista a través de la licitación pública, el concurso de méritos o la contratación directa[476]. Esta disposición fue derogada por la Ley 1150 de 2007, la cual así mismo, estableció unas nuevas modalidades de selección del contratista[477], con lo que se demuestra lo dicho arriba, en relación con el sentido amplio del principio de transparencia en la contratación estatal que adquiere no sólo su tradicional significado de publicidad de los documentos oficiales, sino que también incorpora otras reglas que, a su vez, desarrollan otros principios como sucede con la selección objetiva en el presente caso.

Entrando pues ya en el análisis de la Ley 1150 de 2007 en cuanto al principio de transparencia, se debe recordar que esta norma se fundamenta precisamente en el principio tratado en este acápite y en el principio de eficiencia. Lo anterior resulta evidente cuando se examina el título de esta ley:

LEY 1150 DE 2007
(julio 16)

[476]Ley 80 de 1993. Artículo 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:
1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:…
[477]Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:…

"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".

En la correspondiente exposición de motivos se señaló lo siguiente:

"…En ese panorama y no obstante el tamaño e impacto del gasto que se ejecuta por medio de contratos, se aprecia la ausencia de instrumentos legales que permitan la optimización y el uso eficiente de los recursos públicos involucrados en la contratación. De esta forma, el proyecto que se presenta busca orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación permitiendo la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, el diseño de procesos adecuados a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales, la utilización de mecanismos de contratación que permitan el aprovechamiento de economías de escala, la incorporación de probados mecanismos para "extraer valor" el proceso contractual (subastas, compra por catálogo, uso de bolsas de productos) y el establecimiento de indicadores para evaluar la utilización eficiente de los recursos (administrativos y presupuestales) involucrados en la ejecución contractual.
A criterio del Gobierno Nacional, sólo si el proceso contractual es más eficiente, podrá el mismo ser más transparente. En ese sentido, será la agilidad y simplicidad de los procesos, la mejor garantía de la probidad en el manejo de los recursos públicos involucrados. *No creemos en consecuencia en la premisa propia de regulaciones anacrónicas, en el sentido de que la proliferación de trámites sea la forma de evitar prácticas corruptas.* ***Por el contrario, la mayor agilidad y eficiencia no sólo reducirá los costos de transacción que encarecen la contratación pública sino que además tendrá como fruto la eliminación de espacios que puedan ser utilizados desde la venalidad para usufructuar indebidamente el patrimonio de los colombianos****…"*[478](negrita y subraya fuera de texto)

Se puede inferir entonces que el principio de transparencia es transversal a todas las modificaciones incorporadas por esta Ley[479].

Por su parte, la Ley 1474 de 2011 o mejor conocida como el Nuevo Estatuto Anticorrupción, la cual modificó entre otras normas la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, introdujo nuevas disposiciones en materia de contratación pública, estableciendo un capítulo especial[480] cuyo fundamento fue el siguiente:

---

[478] Exposición de motivos Ley 1150 de 2007. En Gaceta del Congreso No.458 de 2005. Proyecto de Ley No. 20 de 2005 Senado "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".

[479] Así lo señala el entonces Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, Dr. Edmundo del Catillo. "Visión General de la reforma desde el Gobierno Nacional" En "*La Ley 1150 de 2007. Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?*" ARAÚJO OÑATE, Rocío, Editora Académica. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2011. Página 8.

[480] Ley 1474 de 2011
CAPÍTULO VII.
DISPOSICIONES PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

"…2.7 ***Séptimo capítulo: disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública***
La contratación pública es el sector en el cual se vienen presentando los casos más graves de corrupción pública; por ello es necesario realizar reformas puntuales para ***aumentar la transparencia*** *y garantizar la sanción, la corrupción y el fraude en esta actividad estatal."* (negrita y subraya fuera de texto)

Expresamente varias de sus disposiciones tutelan y desarrollan el principio de transparencia, por lo que su inobservancia implica la violación de este principio. Nos referimos al artículo 83[481] que establece una normatividad acerca de la supervisión e interventoría de los contratos estatales y al artículo 94[482] que

---

Comienza con el ARTÍCULO 82 sobre RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVENTORES y se extiende hasta el ARTÍCULO 96 que establece un RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

[481] Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 83. *SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL*. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.
La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.
La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.
Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.
El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.
PARÁGRAFO 1o. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.
PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

[482] Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 94. TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA. Adiciónese al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.
La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:
a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;
b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;
c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;
d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

consagra la contratación de mínima cuantía como nueva modalidad de selección del contratista.

De todo lo anteriormente expuesto, se concluye que el principio de transparencia actualmente se debe entender no sólo a partir de su sentido estricto como el derecho de todo ciudadano al acceso a los documentos públicos, sino que también incluye reglas que permiten la materialización de otros principios como la selección objetiva, el debido proceso, la imparcialidad, la igualdad de oferentes, la libertad de concurrencia y la eficiencia. Este último principio le imprime también la connotación de instrumento protector y garante de la correcta ejecución de los recursos públicos y obviamente, una importancia determinante en la lucha contra la corrupción.

Así lo corrobora el propio Consejo de Estado al señalar que:

"…El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración"[483].

A su vez, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha destacado la importancia de la transparencia y su implicación en otros principios capitales de la contratación estatal:

"…La Ley 80 de 1993…consagra el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual, cuyo propósito se encuentra encaminado a garantizar la objetividad, igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos que adelante la Administración para la escogencia de sus contratistas, como también que sus actuaciones sean publicitadas y conocidas por todos los interesados, lo que conlleva a que puedan ser controvertidas. En un estado social de derecho, el principio de transparencia, garantiza la convivencia ciudadana, un trato imparcial e igualitario para los administrados y evita que

---

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

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

[483]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del agosto 29 de 2007. Radicación Número: 850012331000030901 (15324)

los funcionarios en ejercicio de los poderes que les han sido atribuidos, actúen de manera oculta o arbitraria, motivados por intereses o conveniencias de índole personal…"[484]

En el mismo sentido ha manifestado que:

"…La consagración del principio de transparencia, entre otros, constituye una garantía para la vigilancia y el control ciudadano de la actividad contractual del estado consagrada en el art. 66 del estatuto contractual. En él se subsumen otros principios de rango constitucional como la igualdad y la libertad de concurrencia en el mercado o libre competencia, que deben observarse en todos los procedimientos de contratación del estado y que los regímenes anteriores de contratación administrativa sólo exigían de manera expresa para el procedimiento de la licitación pública. El principio de transparencia consagrado en la ley 80 de 1993 al disponer que la escogencia del contratista debe hacerse de acuerdo con unas reglas claras, completas, objetivas y públicas, busca garantizar la imparcialidad de la administración y permitir un control más eficaz de estos procedimientos…"[485]

2.3.18 Principio de selección objetiva

Este principio fue incorporado a la contratación estatal a través de la Ley 80 de 1993, consagrándose expresamente en su artículo 29, según el cual la selección objetiva es la escogencia que se hace al ofrecimiento más favorable de la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva**.**

El principio de selección objetiva está conformado por el conjunto de normas que el legislador ha establecido para que la entidad estatal escoja la oferta más favorable para sus fines contractuales. Por ello, los procedimientos de selección, tanto los licitatorios como los de contratación directa se encuentran cobijados por este principio, estableciéndose entonces una institución reglada y no discrecional.[486]

Resulta pertinente señalar que el mencionado artículo 29 fue derogado posteriormente por la Ley 1150 de 2007[487], modificándose así las reglas de aplicación de este principio en cuanto a los factores de escogencia y calificación[488]pero no respecto a su finalidad, cual es escoger la oferta más

---

[484]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Sentencia del 4 de junio de 2008. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783)

[485]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 4 de julio de 1997. Radicación número: 9523

[486] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Concepto del 20 de mayo de 2010. Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992)

[487] Esta ley a su vez fue modificada por la Ley 1474 de 2011.

[488]Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 5. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca,

favorable prescindiendo de todo tipo de motivaciones subjetivas. Sobre este tema el Consejo de Estado[489] manifestó lo siguiente:

"…Como fluye del tenor de esta disposición, que modificó el deber de selección objetiva, el Legislador distinguió entre requisitos habilitantes y factores de ponderación, previendo

---

sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. 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.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea 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.

4. 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.

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

[489]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Auto del 1 de abril de 2009. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)

que los primeros versan sobre la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, los cuales serán objeto de verificación de cumplimiento (cumple o no cumple el oferente) para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje (pasa o no pasa esa primera etapa), con excepción de la experiencia que sí debe ser ponderada en tratándose de los procesos para selección de consultores mediante concurso de méritos. Además, al proscribir las consideraciones o motivaciones subjetivas en el proceso de escogencia del contratista, la norma legal en comento consagró los criterios de selección propiamente dichos, esto es, los factores de calificación o ponderación a exigir en los pliegos de condiciones para determinar la oferta más favorable dependiendo del objeto a contratar, así: (i) la oferta más favorable es aquella que resulta de la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos contenidos en los pliegos de condiciones; pero, (ii) en las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, el único factor de "evaluación" (sic) será el menor precio ofrecido; y (iii) en las contrataciones de consultores, esto es, en los concursos de mérito, los factores de calificación serán los destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto, como también se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, pero en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia…"

Dicho de otro modo, tal y como lo sostiene el Consejo de Estado[490], el ofrecimiento más favorable es aquel que obtiene el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación de los factores definidos en el pliego de condiciones que realiza la entidad, luego de estudiar los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que habilitan la correspondiente oferta.

De lo anterior se infiere que este principio no puede garantizarse sino con la correcta aplicación de otros principios capitales de la contratación como la libre concurrencia, la igualdad de oferentes, la buena fe, economía, entre otros[491].

No obstante ser la selección objetiva un principio adoptado por el Estatuto Contractual, consideramos debe ser observado también por estas entidades pues la esencia de este principio radica en la escogencia de la oferta más favorable libre de cualquier subjetividad y ello no es otra cosa que la aplicación de otros principios que orientan la función administrativa desarrollados en esta

---

[490] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688)

[491] *"…Por lo tanto, el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B). C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 28 de mayo de 2012. Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489)

investigación, como lo son la trasparencia, la moralidad administrativa, la igualdad, la imparcialidad, la prevalencia del interés general, entre otros.

Incluso, el propio Consejo de Estado[492] respalda esta posición al señalar en relación con las Empresas Industriales y Comerciales del Estado que:

"…A pesar de que se trata de entidades que dada su naturaleza de empresas industriales y comerciales en algunos aspectos funcionan como particulares, con mayor independencia frente al aparato estatal que otras entidades, en realidad "no son particulares", y conservan, como toda empresa de su misma naturaleza, unos objetivos y finalidades que difieren del simple ánimo de lucro que inspira a aquellos; por esta razón, también están obligadas a administrar sus recursos de manera eficiente y transparente, y en materia de contratación, ***no se hallan exentas del deber de cumplir con el principio de la selección objetiva,*** *eligiendo como sus contratistas a quienes presenten las ofertas más favorables, incluyendo en la valoración de tal favorabilidad el precio de las mismas; por ello, en la medida en que vulneren tales principios en forma grave, estarán así mismo incurriendo en una violación a los derecho colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público…"*(negrita y subraya fuera de texto)

En este, como respecto a los otros principios especiales que consagra el Estatuto Contractual, se debe resaltar que su aplicación en el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado no implica la incorporación estricta de las reglas que desarrollan dichos principios.

2.3.19 Principio de la equivalencia económica del contrato

La denominada equivalencia económica del contrato o también llamada principio de reciprocidad de las prestaciones, si bien su aplicación se establece para ambas partes, sin duda alguna, se constituye como una verdadera garantía para el contratista en las relaciones contractuales con el Estado. Según el profesor ESCOBAR GIL,[493] en función de este principio se han instituido una serie de técnicas para que se preserve en el contrato administrativo la equivalencia económica o ecuación financiera como la llaman los iuspublicistas franceses, y de este modo, armonizar el interés público de la comunidad y los derechos del contratista.

Según el Consejo de Estado[494] en virtud de este principio: "se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están

[492]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 10 de marzo de 2005. Radicación: 25000-23-26-000-2003-01195-01(AP)

[493] ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Reimpresión 2003. Página 449

[494] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Radicación número: 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344)

a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato (…) El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio."

El Estatuto Contractual define expresamente este principio en su artículo 27 de la siguiente forma:

…ARTÍCULO 27º.-De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.
*Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate**…***

El sentido de esta disposición normativa es dilucidado por el Consejo de Estado[495] en los siguientes términos:

"…el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece cuál debe ser el comportamiento de las partes cuando se presenta una alteración en la relación contractual por causas ajenas al contratante que resulta afectado. Esta disposición otorga a las partes la facultad de solucionar aquellas situaciones que en el devenir del contrato pueden poner en riesgo su equilibrio financiero, sencillamente porque el contratista es un colaborador del Estado en el cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés público, por lo tanto las partes se encuentran comprometidas no solo en realizar todas las actividades necesarias para cumplir el objeto contractual, con lealtad y buena fe, sino también tienen el deber de tomar las medidas necesarias para que aquella parte que ha sufrido una mayor carga en sus prestaciones pueda ser restablecida, puesto que no consulta el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa que la parte que fue ajena a los hechos, tenga que sufrir menoscabo en su patrimonio por la conducta de la otra, que conllevó a la alteración de las condiciones que se tuvieron en cuenta al momento de proponer o contratar…"

---

[495]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469)

Adicionalmente, este principio se consagra como derecho y deber de las partes en la Ley 80 de 1993:

"ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:
…3o. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato…"
"ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3. de esta ley, los contratistas:
1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.
En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato…"

Así mismo, cuando las entidades ejercen las cláusulas exorbitantes deben preservar este principio, tal y como lo indica el Estatuto Contractual:

"…ARTÍCULO 14º.- DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:
1o…En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial…"

En desarrollo de este principio entonces, todo daño antijurídico que soporte el contratista, siempre y cuando no sea imputable a éste, debe ser resarcido por la entidad estatal quien tiene el deber de restablecer el equilibrio económico del contrato.

Según la Corte Constitucional[496], los principios de reciprocidad en las prestaciones o de justicia conmutativa (artículo 2° constitucional[497]) y la buena fe o mutua

[496]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 892 del 22 de agosto de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL; En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado "… el contrato vincula a la entidad y al particular contratista, no sólo a lo estipulado expresamente en el contrato sino a los principios de reciprocidad y buena fe, fundados, a su vez, en los principios de justicia conmutativa, igualdad y garantía de los derechos adquiridos, que rigen las relaciones contractuales, tanto de los particulares como del Estado. Esa carga normativa le impone a las partes del contrato someter su comportamiento a lo exigido en él, porque de lo contrario se daría un incumplimiento contractual y la lesión del derecho de crédito del contratista determinante de la responsabilidad contractual. Definidos los elementos de la responsabilidad contractual, el damnificado tiene derecho a la reparación de los perjuicios derivados de la lesión de su derecho de crédito, que haya demostrado…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Sentencia del 13 de agosto de 2008. Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00782-01(15342)

confianza (artículo 83 constitucional[498]) constituyen los títulos jurídicos de imputación para atribuir la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados al contratista por la asunción de riesgos anormales o extraordinarios surgidos en desarrollo de la contratación estatal.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han agrupado estas aleas anormales de la siguiente forma: [499]

a) Incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato por parte de la Administración[500]
b) Hechos o actos provenientes del ejercicio legítimo por parte de la Administración de sus poderes o prerrogativas, dentro de las cuales se encuentra el denominado "Hecho del príncipe".[501]

---

[497]Constitución Política. ARTICULO 2.Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[498]Constitución Política. ARTICULO 83.Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

[499] Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. República de Colombia. Ministerio de Gobierno.1994. páginas 61 y 62

[500]*"...La obligación principal a cargo de las entidades públicas en los contratos que celebra para el cumplimiento de su cometido social y de interés público, es el pago del precio del objeto del contrato. Establece la Ley 80 de 1993 que los contratistas "tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato..." (num. 1o, art. 5). Cuando la administración pública encarga la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o la entrega de un bien, según sus requerimientos, es para ella lo primordial que el encargo se cumpla y para el contratista que se le pague la remuneración correspondiente, interés mutuo que se ajusta a la definición de contrato oneroso y conmutativo: cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (artículo 1498 C.C.C). De donde deviene la reciprocidad de las prestaciones o equivalente económico, principio consubstancial al contrato de la administración pública, en tanto es característica del contrato bilateral que cada parte se obliga a su prestación a condición de que la otra cumpla la suya. La reciprocidad de las obligaciones y la utilidad de los contratantes es de la esencia de los contratos bilaterales y onerosos al tenor de los arts. 1496 y 1497 del Código Civil. La jurisprudencia de la sala ha sido prolija en reconocer que la principal obligación que adquiere la administración para con el contratista es la de pagar el precio del contrato en la forma convenida y oportunamente. En estas condiciones, el contratista que ha realizado las prestaciones a su cargo, tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato. De manera que si la administración incumple causa un daño antijurídico a los intereses del contratista y en consecuencia debe resarcirlo…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 22 de noviembre de 2001. Radicación número: 70001-23-31-000-1996-5720-01(14852)

[501] El hecho del príncipe se produce por una disposición general adoptada por la misma entidad contratante, aunque no en su calidad de tal, sino como Autoridad Administrativa en ejercicio de sus

c) Hechos que se originan fuera de la Administración, es decir, aquellas situaciones anormales sobrevinientes e imprevisibles, por ejemplo el alea económica. En estas circunstancias se aplica la llamada "Teoría de la Imprevisión"[502]

De igual forma, el Tribunal Constitucional[503] ha diferenciado el alcance de este principio en el Derecho Público y en el Derecho Privado:

"…Es de destacar que, en el ámbito del derecho privado, la equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado. No ocurre lo mismo en el Derecho Público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo

---

funciones**.** CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119)

[502] *…la teoría de la imprevisión se presenta cuando "... situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución", situaciones que básicamente consisten en eventos económicos tales como "... crisis económica grave; devaluación extraordinaria; aumento fundamental y sorpresivo de los costos de la materia prima esencial para la ejecución del contrato; conmoción social, etc", siendo entonces indispensable para que se configure, la concurrencia de tres elementos: 1)que el hecho perturbatorio sea exógeno; 2) que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y 3) que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional…*

…La importancia de la distinción del régimen procedente frente al rompimiento del equilibrio económico de un contrato, si lo es el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión, radica en el hecho de que dependiendo de cuál de los dos sea el llamado a operar, la parte afectada negativamente con el hecho perturbatorio de la ecuación contractual tendrá derecho al reconocimiento integral de los perjuicios -en el caso del hecho del príncipe-, o únicamente, habrá lugar al reconocimiento de una compensación, limitada a las pérdidas que haya podido sufrir el cocontratante -caso de la teoría de la imprevisión-. Y lo anterior es así, por cuanto en el caso del hecho del príncipe lo que se configura es una responsabilidad contractual sin falta, que es imputable a un hecho de la propia autoridad contratante y que rompe el equilibrio económico del contrato, por lo cual ella está obligada a reconocer tanto el daño emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio por ella ocasionado. En cambio, en lo que hace relación a la teoría de la imprevisión, en cuanto ella consiste en situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución, se contempla el deber de la Administración de concurrir en ayuda del contratista, ya que éste obra como su colaborador y requiere de ese apoyo para concluir con el objeto contractual, en el cual está fincado el interés de la entidad contratante. Pero la indemnización en este caso, no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, ya que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual, no le es imputable a la entidad contratante ni siquiera a título de responsabilidad sin falta, sino que obedece a hechos ajenos a las partes y la Administración sólo procederá a compensar la ecuación desequilibrada por razones de equidad y como colaboración al contratista que de todas maneras tiene que ejecutar el contrato en condiciones adversas a sus cálculos iniciales… Ídem, CONSEJO DE ESTADO.

[503] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 892 del 22 de agosto de 2001.M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual."

Finalmente, cabe señalar que las novedades introducidas por la Ley 1150 de 2007[504], en materia de distribución de riesgos como mecanismo de planeación y transparencia en la contratación estatal, repercute directamente en la conservación del equilibrio económico del contrato pues se prevén con diligencia posibles alteraciones del mismo[505].

De lo anteriormente expuesto, al ser este principio propio de la Ley 80 de 1993, se podría concluir que sólo debe aplicarse en tratándose de entidades sujetas al Estatuto Contractual. Sin embargo, teniendo en cuenta su fundamento constitucional (artículos 2° y 83) y adicionalmente teniendo presente que, tal y como lo señalaremos al analizar más a fondo el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado, algunas entidades exceptuadas pueden discrecionalmente incorporar cláusulas exorbitantes, pero del mismo modo deben respetar y aplicar este principio porque, con ocasión de aquellas, se podría eventualmente alterar el equilibrio económico del contrato con la consecuente obligación de resarcir el patrimonio del contratista.

---

[504] Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 4. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.
En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

[505]"…Como medida para el fortalecimiento de los procesos de planeación precontractual; dar claridad en las reglas de participación de los oferentes en los procesos contractuales; contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado; y lograr que las partes del Contrato Estatal puedan hacer las previsiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos, el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 incluyó la obligación de incorporar en los pliegos de condiciones la "estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación estatal".
Así, los diferentes actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión…" Exposición de motivos Ley 1150 de 2007. En Gaceta del Congreso No.458 de 2005. Proyecto de Ley No. 20 de 2005 Senado "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".

2.3.20 Principio de libre concurrencia

Este principio tiene su fundamento en el artículo 333[506] de la Constitución Política, es decir, en la denominada libertad económica, la cual en términos de la Corte Constitucional[507], "se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita."

En el marco de la contratación pública, este principio adquiere un matiz especial debido a que los particulares concurren a las invitaciones que realiza el Estado para desarrollar su actividad contractual, convirtiéndose, tal y como lo expresa el artículo 3° del Estatuto Contractual, en colaboradores de los fines que busca la Administración Pública, posibilitando así la satisfacción del interés general.

En relación con el principio de libre concurrencia, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo[508]ha sostenido que este "garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La Libre concurrencia, conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisible la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato".

---

[506]Constitución Política. ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.
La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.
La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

[507] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-815 del 2 de agosto de 2001 M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL.

[508] CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

En resumen, este principio afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en contratar con el Estado e implica la prohibición de imponer condiciones restrictivas para acceder al correspondiente proceso de selección[509].

Para que se dé la plena observancia de este postulado, la correcta aplicación de los principios de publicidad[510] e igualdad de oferentes[511], se convierte en presupuesto necesario e ineludible. Finalmente, resulta oportuno señalar que este principio no es absoluto, pues admite restricciones en cuanto a la capacidad, idoneidad y calidades del contratista, que atienden razonablemente a las particularidades de cierto tipo de contratos[512].

2.4 Los principios de la gestión fiscal

El mencionado artículo 13 de la Ley 1150 hace referencia también a los principios contenidos en el artículo 267 constitucional.

Este artículo consagra y define el control fiscal como una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Del mismo modo, señala que esta vigilancia incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en **la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales,** es decir, estos principios también deben ser aplicados por las entidades que en virtud del ordenamiento jurídico no aplican el Estatuto Contractual sino que gozan de regímenes especiales. El hecho de que desempeñen gestión fiscal al manejar recursos públicos los hace sujetos de este tipo de control.

A su vez, la Ley 610 de 2000 sobre responsabilidad fiscal en su artículo 3°, define el concepto de gestión fiscal, incorporando los principios constitucionales mencionados:

"Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto,

509509 DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Séptima edición. Ediciones Ciudad Argentina. 1998. Página 346

510 Ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Sentencia del 19 de julio de 2001.Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

511 Ver: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009. M.P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Auto del 30 de enero de 2003.Radicación Número: 11001-03-26-000-2002-0032-01(23058).

512 Ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Sentencia del 26 de abril de 2006. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188)

inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales". (Subraya fuera de texto)

Para la Corte Constitucional esta consagración de principios tiene su fundamento en la posibilidad que existe de que particulares manejen recursos públicos, lo cual se hace extensivo desde luego a las entidades estatales que en su actividad contractual se rijan por el Derecho Privado.

"…Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado…."[513]

Para conocer el alcance de estos principios resultan muy útiles las precisiones conceptuales contenidas en el artículo 8° de la Ley 42 de 1993, a partir de las cuales se entiende:

-La eficiencia como la asignación de recursos más conveniente para maximizar sus resultados.

- La economía como la obtención de los bienes y servicios al menor costo en igualdad de condiciones de calidad

- La eficacia como el logro de los resultados de manera oportuna, guardando relación con sus objetivos y metas.

- La equidad como la identificación de los receptores de la acción económica y el análisis de la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales.

[513] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001.M.P: JAIME ARAUJO RENTERIA.

-La valoración de los costos ambientales como la cuantificación del impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y la evaluación la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos

Desde el punto de vista de la contratación estatal, estos principios se pueden entender de la siguiente forma:[514]

El principio de economía se concibe como la adquisición del producto al menor costo en iguales condiciones de calidad, entendiendo por calidad el cumplimiento de las especificaciones, dadas previamente por el cliente o destinatario del producto, dichas especificaciones deben ser claras, precisas y concisas. Por ello, en contratación se debería hablar de selección del producto y no del contratista como lo consagra la normatividad.

En virtud del principio de eficiencia el producto contratado debe obtenerse con la mayor optimización de los recursos utilizados, evitando los costos adicionales en la ejecución del contrato.

El principio de eficacia busca que los resultados se logren oportunamente y guardando relación con sus objetivos, es decir, a través del contrato se cumplen las metas particulares de la entidad.

El principio de equidad se dirige a que en la actividad contractual no se presenten abusos de posiciones dominantes que afecten el equilibrio contractual. Así, la distribución de costos y beneficios no se establece en perjuicio de ninguna de las partes contratantes.

Finalmente, por principio de valoración de costos ambientales se entiende que en la contratación de productos (bienes o servicios), se debe buscar que éstos no afecten el medio ambiente o los recursos naturales, es decir el Estado debe darle prioridad a aquellos productos que los protejan.

3. EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

3.1 Concepto

El artículo 13 de la Ley 1150 hace referencia a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades que la Ley 80 consagra específicamente en sus

[514] DOMÍNGUEZ GIRALDO, Gerardo e HIGUITA RIVERA, Lina María. El nuevo control fiscal. Tercera edición 2002. Biblioteca Jurídica Dike. 293-297

artículos 8°, 9° y 10[515]. Cabe resaltar que este régimen se aplica a quienes pretendan contratar con las entidades estatales.

Según la Corte Constitucional[516], el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado establecido en el Estatuto Contractual, es un sistema de valores, principios y normas, que prevé una serie de hechos y circunstancias que impide a determinados particulares la celebración de contratos con el Estado, con el fin de proteger los principios de moralidad y trasparencia administrativa, garantizando de este modo la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de estas actuaciones administrativas.

Así mismo, esta Corporación[517] reconoce su carácter taxativo y restrictivo en razón a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública, pero siempre tratando de ocasionar el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado.

Por su parte, el Consejo de Estado[518] ha expresado que en materia de contratación estatal, "por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona".

3.2 Causales

El Estatuto Contractual establece en primer lugar las siguientes inhabilidades para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:[519]

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes

b) Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados. Esta inhabilidad se extiende por un término

[515] Cabe resaltar que las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en estos artículos fueron recientemente modificadas y adicionadas por la Ley 1474 de 2011 o nuevo Estatuto Anticorrupción.
[516] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-353 del 20 de mayo de 2009. MP: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
[517] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994.M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
[518] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 20 de septiembre 2001. Radicación número: 08001-23-31-000-1995-5451-01(10989)
[519] Consideramos innecesaria la expresión "para participar en licitaciones", (teniendo en cuenta además que la expresión "concursos" fue derogada por el artículo 32 de la Ley 150 de 2007), pues la sola expresión "para celebrar contratos" incluye, a nuestro modo ver, todas las modalidades de selección del contratista incluyendo, por supuesto, la licitación pública.

de cinco años contados a partir del hecho de la participación en la licitación o de la celebración del contrato respectivamente.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. Esta inhabilidad se extiende por un término de cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró esta cláusula exorbitante.

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución**.** Esta inhabilidad se extiende por un término de cinco años contados a partir de la sentencia que impuso la pena o del acto que dispuso la destitución respectivamente.

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado. Esta inhabilidad se extiende por un término de cinco años contados a partir de la de expiración del plazo para su correspondiente firma.

f) Los servidores públicos.

g) 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.

h) 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

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. Esta inhabilidad se extiende por un término de cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró esta cláusula exorbitante.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extiende a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. De igual forma, se de señalar que esta inhabilidad se amplifica ar un término de veinte (20) años.

k) Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato. Esta inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido y también opera para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política. Comprende también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías. Sin embargo, cabe señalar que esta inhabilidad no se aplica en relación con los contratos de prestación de servicios profesionales.

l) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.[520]

m) El contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas[521]:
a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.
Esta inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado. Se

[520] Esta causal corresponde a la inhabilidad introducida por el parágrafo 2° del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, la cual fue incorporada como literal k pero a su vez el artículo 2° de esta misma Ley incorporó otra inhabilidad a través de un nuevo literal k, por lo que para fines de mejor comprensión del tema hemos decidido establecer, en nuestro trabajo, esta inhabilidad como literal l).
[521] Esta causal corresponde a la inhabilidad (que en realidad contiene tres inhabilidades) introducida por el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. Sin embargo, el legislador no precisó que se incorporaba como un literal adicional al numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, por lo que para fines de mejor comprensión del tema hemos decidido establecer, en nuestro trabajo, esta inhabilidad como literal m).

extiende también a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

En segundo lugar, el Estatuto Contractual establece las siguientes incompatibilidades:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) 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.

c) 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.

d) 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 ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. Esta incompatibilidad no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo**.**

e) 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.

f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público. Esta incompatibilidad también opera para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

Las anteriores incompatibilidades por parentesco o por matrimonio desaparecen por muerte o por disolución del respectivo matrimonio.

Finalmente, siguiendo al profesor PALACIO HINCAPIÉ,[522]cabe resaltar que existen otras inhabilidades para contratar con el Estado consagradas en normas diferentes a la Ley 80 de 1993 y que deben ser tenidas en cuenta al estudiar este régimen. Tal es el caso de la inhabilidad a que se refiere la Ley 643 de 2001[523] en relación con asuntos de evasión tributaria y de deudas por concepto de transferencias, derechos de explotación o multas, originadas en contratos o autorizaciones o permisos para la explotación u operación de juegos de suerte y azar, y del mismo modo, la inhabilidad contemplada en la Ley 828 de 2003[524] con

[522] PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La Contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, 2010. Páginas 117-121

[523]Ley 643 DE 2001**.** ARTICULO 10. INHABILIDADES ESPECIALES PARA CONTRATAR U OBTENER AUTORIZACIONES. Sin perjuicio de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, están inhabilitadas para celebrar contratos de concesión de juegos de suerte y azar u obtener autorizaciones para explotarlos u operarlos:

1. Las personas naturales y jurídicas que hayan sido sancionadas por evasión tributaria, mediante acto administrativo o sentencia judicial, ejecutoriados según el caso. Esta inhabilidad será por cinco (5) años, contados a partir de los tres meses (3) siguientes a la ejecutoria del acto administrativo o sentencia judicial, pero cesará inmediatamente cuando la persona pague las sumas debidas.

2. Las personas naturales y jurídicas que sean deudoras morosas de obligaciones relacionadas con transferencias, derechos de explotación o multas, originadas en contratos o autorizaciones o permisos para la explotación u operación de juegos de suerte y azar en cualquier nivel del Estado. Esta inhabilidad será por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo, pero cesará inmediatamente que la persona pague las sumas debidas.

[524]Ley 828 de 2003. ARTÍCULO 5. SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Las autoridades o personas que tengan conocimiento sobre conductas de evasión o elusión, deberán informarlas en forma inmediata al Ministerio de la Protección Social tratándose de pensiones o riesgos profesionales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Sena, ICBF o a la Superintendencia Nacional de Salud. El Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud o la autoridad competente según el caso dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la queja, correrán traslado al empleador o trabajador independiente responsable, quien deberá acreditar el pago o la inexistencia de la obligación que se le imputa en un plazo de treinta (30) días. En el evento en que no se acredite el pago en el plazo mencionado, existiendo obligación comprobada y no desvirtuada, el Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud, según sea el caso, impondrá las sanciones previstas en la ley, que tratándose de multas, no podrán ser inferiores al cinco por ciento (5%) del monto dejado de pagar.

Las sumas que se recauden por concepto de la multa, en lo que respecta al Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinarán a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

El no pago de las multas aquí señaladas inhabilitará a la persona natural o jurídica a contratar con el Estado mientras persista tal deuda, salvo que se trate de procesos concursales y existan acuerdos de pago según Ley 550 de 1999.

Las entidades administradoras de los sistemas de pensiones, riesgos profesionales entidades prestadoras de salud, el Servicio Nacional de Aprendizaje, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las Cajas de Compensación Familiar, deberán reportar dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes a las Cámaras de Comercio de su jurisdicción, los proponentes que se encuentren en mora por el pago de las obligaciones parafiscales. Dicha información será publicada por la Cámara de Comercio a través de Confecámaras en el boletín general sobre licitaciones y concursos que las entidades estatales pretendan abrir. El Ministerio de la Protección Social, reglamentará los términos y condiciones previstos en el presente artículo, así como lo atinente a la mora, como requisito para la publicación, que en ningún caso podrá exceder de (30) treinta días.

respecto al no pago de multas frente incumplimiento de obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social en Salud.

De igual forma, el citado profesor señala la existencia de otra inhabilidad consagrada en el inciso 2°, parágrafo 3°, del artículo 2° de la Ley 901 de 2004[525], el cual establece que las personas relacionadas en el boletín de deudores morosos del Estado, no podrán celebrar contratos con el Estado, ni tomar posesión de cargos públicos, hasta tanto demuestren el respectivo paz y salvo o acrediten la vigencia de un acuerdo de pago. Sin embargo, cabe precisar que esta inhabilidad no se encuentra vigente, pues dicha disposición fue declarada inexequible por la Corte Constitucional.[526]

3.3 Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes y excepciones

El Estatuto Contractual[527] prevé que en caso de que se presente en la persona del contratista una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, previa autorización escrita de la entidad contratante, el contratista cederá el contrato y si no fuere posible dicha autorización renunciará a su ejecución.

Cuando esta circunstancia se presente respecto a un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. En el caso de un consorcio o unión temporal, previa autorización escrita de la entidad contratante, se cederá su participación a un tercero que en ningún caso podrá ser integrante de estos.

PARÁGRAFO 1. En ningún caso procederá el cobro de multas simultáneas con base en los mismos hechos, cuando esto ocurra se aplicará la más alta de las dos.
PARÁGRAFO 2. El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones a que se deben sujetar los convenios de pago que celebre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, las administradoras de riesgos profesionales y las entidades promotoras de salud a efecto de evitar una desviación de recursos de la seguridad social y garantizar en forma plena su recaudo. Los acuerdos que desconozcan la reglamentación del Gobierno no producirán efecto y se entenderán como ineficaces.

[525] Ley 901 de 2004. ARTÍCULO 2°… PARÁGRAFO 3°…INCISO 2°…
"…Las personas que aparezcan relacionadas en este boletín no podrán celebrar contratos con el Estado, ni tomar posesión de cargos públicos, hasta tanto demuestren la cancelación de la totalidad de las obligaciones contraídas o acrediten la vigencia de un acuerdo de pago…"

[526] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1083 del 24 de octubre de 2005. M.P: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

[527] Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 9. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.
Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.
Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Se debe tener en cuenta también que, en virtud de los artículos 44 y 45 del Estatuto Contractual[528], cuando los contratos se celebren con particulares incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad se configura una nulidad absoluta del contrato, la cual puede ser declarada de oficio por la entidad, caso en el cual el jefe o representante legal, a su vez, deberá terminar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo motivado.

Otra circunstancia que se debe señalar en relación con este tema, se presenta con ocasión de la aplicación del artículo 9° de la Ley 1150 de 2007,[529] que modificó las reglas generales sobre el acto separable de adjudicación del contrato, facultando a las entidades estatales para revocar dicho acto cuando sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, quedando además en su favor el valor de la garantía de seriedad de la propuesta, sin perjuicio además, del reconocimiento de perjuicios no cubiertos por esta garantía, a través de las acciones legales pertinentes.

---

[528]Ley 80 de 1993**.** ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:
1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;
4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.
ARTÍCULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.
En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

[529]Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 9.DE LA ADJUDICACIÓN. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.
Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.
El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.
Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.

Finalmente, el Estatuto Contractual dispone que se exceptúan de la aplicación de este régimen las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades estatales ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. Tampoco se aplicará a las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.[530]

3.4 Consecuencias de la trasgresión de este régimen

Frente a este tema, finalmente cabe resaltar que, en tratándose de los servidores públicos que desarrollan la actividad contractual, la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades se encuentra tipificada como conducta punible en el artículo 408,[531]dentro del conjunto de delitos contra la administración pública, establecidos por el del Código Penal.

Así mismo, en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria, la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, consagra que esta conducta se configura como falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en su artículo 23.[532]

[530]Constitución Política. Artículo 60.El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.
Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

[531]Ley 599 de 2000. ARTÍCULO 408. VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL O CONSTITUCIONAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

[532]Ley 734 de 2002.ARTÍCULO 23. LA FALTA DISCIPLINARIA. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

CAPÍTULO III

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

A partir del estudio del régimen común aplicable a los contratos que celebran las entidades públicas, dentro de las cuales como ya se ha señalado se encuentran las Empresas Sociales del Estado (en adelante ESES), procedemos a realizar un examen particular del régimen contractual especial que la normatividad ha dispuesto para estas entidades. Para ello, inicialmente describiremos algunos aspectos generales, y a renglón seguido, se analizarán los rasgos característicos del régimen contractual ya sea que correspondan a una aplicación prevalente del Derecho Público o del Derecho Privado.

1. ASPECTOS GENERALES DE LAS ESES

1.1. Antecedentes legales

Con la expedición de la tan criticada Ley 100 de 1993, los hospitales públicos que venían del anterior Sistema Nacional de Salud se convirtieron en las denominadas Empresas Sociales del Estado, marcando un importante avance en el modelo de prestación de servicios de salud a cargo del Estado. Este cambio institucional fue, en gran medida, impulsado por las corrientes neoliberales de principio de la década de los noventas.

La evolución del denominado Sistema Nacional de Salud hasta la correspondiente expedición de la ley 100 de 1993, se caracterizó por el tránsito de un esquema en esencia centralista, a uno que desarrolló en gran medida la antigua cláusula: "centralización política y descentralización administrativa", consignada en la Constitución de 1886 y que superó, al menos desde un punto de vista de las guerras civiles, el conflicto entre centralistas y federalistas que data desde nuestros primeros años de vida como república independiente.

Inicialmente, con la creación del Sistema Nacional de Salud, en 1975, se intentó alcanzar un cierto equilibrio legal e institucional. Luego de algunas reformas como las realizadas por medio de la Ley 12 de 1986 y el decreto 77 de 1987, la Ley 10 de 1990 introdujo cambios importantes estableciendo una nueva perspectiva del sistema adaptándolo a modelos contemporáneos, rediseñando el modelo de competencias territoriales en un marco de descentralización y participación social. Un año después de la entrada en vigencia la Ley 10 de 1990, la Constitución Política de 1991 consagró la salud como servicio público y derecho social, reafirmando la distribución de competencias institucionales establecida en esta ley, incorporando además importantes elementos financieros. Posteriormente, la

Ley 60 de 1993 definió la distribución de competencias y recursos entre las entidades territoriales en forma significativa los aportes fiscales para el sector.[533]

En este contexto, particularmente refiriéndonos al papel institucional de los hospitales públicos como referentes inmediatos de las Empresas Sociales del Estado, antes de la reforma, existía un tipo de institución multifuncional que prestaba servicios de salud, pero además, desarrollaba programas de saneamiento ambiental, control epidemiológico, vacunaciones masivas y programas de prevención y promoción, incluso, llegó a construir acueductos descuidando desde luego sus propias funciones. Adicionalmente, con el manejo centralista propio del sistema de salud tradicional, los hospitales públicos no tenían autonomía administrativa, financiera o jurídica.[534]

Posteriormente, la Ley 10 de 1990 y luego la Ley 60 de 1993 le otorgaron personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa a las entidades prestadoras de servicios de salud.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se desarrolló un capítulo especial para fortalecer las instituciones prestadoras de servicios de salud, reiterando su autonomía administrativa, técnica y financiera para lograr el cumplimiento de los principios de calidad y eficiencia, indispensables para poder competir en el ambiente de mercado que introdujo esta normatividad. Adicionalmente, los antiguos hospitales públicos del nivel nacional o territorial se transformaron en Empresas Sociales del Estado.[535]

En este sentido, la Ley 100 de 1993 estableció una serie de condiciones para garantizar un manejo gerencial y competitivo de esta entidades, y por ende su permanencia en el mercado, entre las que encontramos: i) Autonomía patrimonial, administrativa y financiera; ii) Un sistema contractual privado; iii) Un sistema de presupuesto basado en los subsidios a la demanda o de ingresos por venta de servicios con anticipos y rembolsos; y iv) Especialización en la producción de un portafolio de servicios contenidos en el POS.[536]

Cabe resaltar entonces el contexto en el que se deben desarrollar las Empresas Sociales del Estado, el cual se constituye como un ideal gerencial que les permite desenvolverse en un plano de competencia con la actividad desempeñada por los particulares en una sociedad de mercado.

---

[533] JARAMILLO PÉREZ, Iván. El futuro de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993 cinco años después. Cuarta edición. FESCOL, FES, FRB, Fundación Corona. Páginas 97-98
[534] Ibídem, páginas 198-199
[535] Ibídem página 200
[536] Ibídem, página 201

1.2 Naturaleza jurídica

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, norma que determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, las Empresas Sociales del Estado (ESES de ahora en adelante) son aquellas entidades creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, las cuales se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen, como es el caso del Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994.

En este sentido, la Ley 100 de 1993 en su artículo 194 determinando la naturaleza de estas entidades establece que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las ESES, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso.

Son entidades públicas entonces que pertenecen al sector descentralizado funcionalmente o por servicios[537] del orden nacional o territorial, pues también pueden pertenecer al nivel departamental, distrital o municipal, gozando de autonomía administrativa y patrimonio propio como consecuencia de su personalidad jurídica.

El Tribunal Constitucional[538] ha examinado el alcance de la naturaleza de estas entidades, señalando que las ESES son una nueva tipología dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, con naturaleza y características propias, lo cual permite diferenciarlas y no confundirlas con otro tipo de entidades públicas, particularmente con los establecimientos públicos.

Es claro que las ESES constituyen una nueva categoría de entidad descentralizada concebida con un objeto específico señalado por el legislador con unos propósitos constitucionales determinados que justifican la existencia de una normatividad especial para su tratamiento.[539]

---

[537] "…Este está compuesto por un conjunto de entidades públicas, creadas o autorizadas por la ley, con personería jurídica, a las cuales se les traslada el ejercicio de funciones públicas, la producción de bienes o la prestación de determinados servicios públicos a cargo del Estado. Por gozar de personalidad jurídica tienen los atributos de las personas jurídicas en general, esto es, nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad y patrimonio…" IBAÑEZ NAJAR Jorge Enrique, Las Funciones Públicas y la Estructura del Estado para cumplirlas. Ediciones Justicia y Desarrollo Sostenible. 2006. Página 251

[538] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-314 del 1 de abril de 2004. M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

[539] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-665 del 8 de junio de 2000. M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

1.3 Principios básicos

Las ESES, para cumplir con su objeto deben orientarse por los siguientes principios básicos:[540]

- 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.
- La calidad, relacionada con la atención efectiva, oportuna, personalizada, humanizada, continua, de acuerdo con estándares aceptados sobre procedimientos cientifico-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 metería.

1.4 Objetivos

Los objetivos de las ESES son:[541]

- 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;
- Prestar los servicios de salud que la población requiera y que la Empresa Social, de acuerdo con su desarrollo y recursos disponibles pueda ofrecer,
- Garantizar mediante un manejo gerencial adecuado, la rentabilidad social y financiera de la Empresa Social;
- 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;
- Satisfacer los requerimientos del entorno, adecuando continuamente sus servicios y funcionamiento;
- Garantizar los mecanismos de la participación ciudadana y comunitaria establecidos por la ley y los reglamentos.

1.5 Estructura

Las ESES se organizan a partir de una estructura básica que incluye tres áreas:[542]

- Dirección. Conformada por la Junta Directiva y el Gerente y tiene a su cargo mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la Misión y Objetivos institucionales; identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de

[540] Decreto reglamentario 1876 de 1994, artículo 3°
[541] Ibídem, artículo 4
[542] Ibídem, artículo 5

eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad;

- Atención al usuario. Es el conjunto de unidades orgánico - funcionales encargadas de todo el proceso de producción y prestación de Servicios de Salud con sus respectivos procedimientos y actividades, incluyendo la atención administrativa demandada por el usuario. Comprende la definición de políticas institucionales de atención, el tipo de recursos necesarios para el efecto, las formas y características de la atención, y la dirección y prestación del servicio;
- De logística. Comprende las Unidades Funcionales encargadas de ejecutar, en coordinación con las demás áreas, los 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 mantenimientos de la planta física y su dotación.

1.6 Régimen jurídico y contractual

Las ESES se someten al siguiente régimen jurídico:[543]

- El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
- El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
- La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
- El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
- Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.
- En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
- El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto[544], de forma que se adopte

[543] Ley 100 de 1993, artículo 195.

[544]Decreto 111 de 1996 “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, dispuso en su ARTICULO 5º que: “…Las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, tendrán para efectos presupuestales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.

- Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
- Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

1.7 Breve referencia histórica a los principales tipos de contratos celebrados por las ESES

Tal y como fue señalado anteriormente, en materia de normas que organizan el sistema de Salud, la Ley 10 de 1990 se constituye en el antecedente más inmediato de la Ley 100 de 1993. Esta Ley establece importantes normas en relación con la facultad que tienen las entidades públicas que prestan servicios de salud para celebrar contratos con particulares especializados en estos temas con la finalidad de prestar dicho servicio público y, además, para asociarse entre entidades públicas o con particulares con el fin de crear nuevas entidades que tengan por objeto la prestación de servicios de salud.[545] Cabe resaltar además

---

Para los mismos efectos, las empresas sociales del Estado del orden nacional que constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada, se sujetarán al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado (Ley 225/95, artículo 11)…"

[545] Ley 10 de 1990. Artículo 23º.- *Entidades privadas que prestan servicios de salud que reciben recursos públicos.* A partir de la vigencia de la presente Ley, todas las personas privadas que presten servicios de salud, que reciban a cualquier título recursos de la Nación o de las entidades territoriales o de sus entes descentralizados, deberán suscribir, previamente, un contrato con la entidad correspondiente, en la cual se establezca el plan, programas o proyecto, al cual se destinarán los recursos públicos, con la indicación de las metas propuestas y la cantidad, la calidad y el costo de los servicios, según lo dispuesto en el artículo 48 de la presente Ley, y las formas de articulación con los planes y programas del respectivo subsector oficial de salud.

Parágrafo.- Los contratos de que trata este artículo no requerirán requisitos distintos a los exigidos para la contratación entre particulares.

Artículo 24º.- *Contratación o asociación para la prestación de servicios de salud.* Previa autorización del Ministerio de Salud, cuya competencia podrá ser delegada en las direcciones seccionales, o locales, todas las entidades públicas que tengan la responsabilidad de prestar servicios de salud, podrán contratar con personas privadas especializadas en servicios de salud, inscritas en el registro especial que, para el efecto se organizará, en desarrollo de las facultades de que trata el artículo 1 de esta Ley, la prestación del servicio público de salud, siempre y cuando, se respeten los principios consagrados en el artículo 3. Estos contratos, no requerirán requisito distinto a los exigidos para la contratación entre particulares.

Los contratos podrán prever la prestación de servicios en forma gratuita o subsidiada, de acuerdo al respectivo plan o programa de salud, y con base en el régimen tarifario adoptado por el Ministerio de Salud. Autorízase, igualmente, para los efectos de desarrollar el principio de integración funcional, a todas las entidades públicas que presten servicios de salud, para asociarse entre sí y con entidades o personas privadas que tengan por objeto la prestación de servicios de salud, a fin de crear y organizar nuevas entidades con el mismo objeto, a las cuales, se podrán transferir recursos, por parte de las entidades públicas para la ejecución de programas o proyectos. La asociación requerirá, también, autorización previa del Ministerio de Salud, y que las entidades privadas estén inscritas en el registro especial a que se refiere el inciso primero.

Parágrafo.-Las instituciones de seguridad social o de previsión social, y las cajas de compensación o de subsidio familiar, podrán directamente o, en desarrollo del sistema de contratación o de

que, según esta normatividad, para este tipo de contratación no se requieren requisitos distintos que aquellos exigidos para la contratación entre particulares, normatividad que, a propósito, resulta aplicable al régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado observando las reglas de vigencias que estableció la Ley 100 de 1993[546].

A su turno, la Ley 100 de 1993 involucra, entre otros actores, a las denominadas entidades promotoras de salud –EPS- y a las instituciones prestadoras de servicios –IPS-, como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud[547]. Las primeras son aquellas responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, teniendo como función básica la de organizar y garantizar, directa o indirectamente la prestación del Plan de Salud Obligatorio.[548]A su vez, las entidades territoriales celebran convenios con las EPS

---

asociación, de que trata este artículo, prestar servicios de salud, y adelantar programas de nutrición para personas que no sean legalmente beneficiarias de sus servicios.

[546]Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 152. OBJETO. La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en salud en los aspectos no cobijados en la presente Ley se regirán por las disposiciones legales vigentes, en especial por la ley 10 de 1990 y la ley 60 de 1993. Las actividades y competencias de salud pública se regirán por las disposiciones vigentes en la materia, especialmente la ley 9 de 1979 y la ley 60 de 1993, excepto la regulación de medicamentos que se regirá por lo dispuesto en la presente Ley.

[547]Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 155. INTEGRANTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por:

1. Organismos de Dirección, Vigilancia y Control:

a) Los Ministerios de Salud y Trabajo;

b) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud;

c) La Superintendencia Nacional en Salud;

2. Los Organismos de administración y financiación:

a) Las Entidades Promotoras de Salud;

b) Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud;

c) El Fondo de Solidaridad y Garantía.

3. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas.

4. Las demás entidades de salud que, al entrar en vigencia la presente Ley, estén adscritas a los Ministerios de Salud y Trabajo.

5. Los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados.

6. Los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades.

7. Los Comités de Participación Comunitaria "COPACOS" creados por la Ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud.

PARÁGRAFO. El Instituto de Seguros Sociales seguirá cumpliendo con las funciones que le competan de acuerdo con la Ley.

[548]Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 177. DEFINICIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y

para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado que estableció esta normatividad[549]. Las segundas, son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias,[550] y tienen como función la prestación de servicios de salud en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios[551].De este modo, para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las EPS prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las IPS y los profesionales.[552]Así mismo, esta ley, tal y como se señaló anteriormente, establece que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado –ESES-[553]. De lo anterior se colige que las ESES son IPS públicas.

---

girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.

[549] Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características: o) Las entidades territoriales celebrarán convenios con las Entidades Promotoras de Salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la presente Ley.

[550]Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

…i) Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las Instituciones Prestadoras de Servicios de tipo comunitario y Solidario;…

[551] Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 185. INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD. Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.

[552] Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 179. CAMPO DE ACCIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

[553] Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo

Posteriormente, la Ley 715 de 2001 que derogó la Ley 60 de 1993,[554] asigna a las entidades territoriales funciones, entre otros aspectos, relacionadas con la gestión de la prestación de los servicios de salud, la promoción y la administración de los recursos del Régimen Subsidiado,[555] actividades en las cuales las ESES juegan un papel muy importante en su calidad de IPS públicas.

[554] Ley 60 de 1993. "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

[555] Ley 715 de 2001. "…ARTÍCULO 43. *COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD.* Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:
…43.2. De prestación de servicios de salud
43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas…
…ARTÍCULO 44. *COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS.* Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:
44.1. De dirección del sector en el ámbito municipal:
…44.1.3. Gestionar y supervisar el acceso a la prestación de los servicios de salud para la población de su jurisdicción…
…PARÁGRAFO. Los municipios certificados a 31 de julio de 2001 que hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán continuar haciéndolo, si cumplen con la reglamentación que se establezca dentro del año siguiente a la expedición de la presente ley. Ningún municipio podrá asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes y están obligados a articularse a la red departamental…
…ARTÍCULO 46. COMPETENCIAS EN SALUD PÚBLICA. La gestión en salud pública es función esencial del Estado y para tal fin la Nación y las entidades territoriales concurrirán en su ejecución en los términos señalados en la presente ley. Las entidades territoriales tendrán a su cargo la ejecución de las acciones de salud pública en la promoción y prevención dirigidas a la población de su jurisdicción.
Los distritos y municipios asumirán las acciones de promoción y prevención, que incluyen aquellas que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley, hacían parte del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Para tal fin, los recursos que financiaban estas acciones, se descontarán de la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado, en la proporción que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, con el fin de financiar estas acciones. Exceptúase de lo anterior, a las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas y a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas.
Los municipios y distritos deberán elaborar e incorporar al Plan de Atención Básica las acciones señaladas en el presente artículo, el cual deberá ser elaborado con la participación de la comunidad y bajo la dirección del Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud. A partir del año 2003, sin la existencia de este plan estos recursos se girarán directamente al departamento para su administración. Igual ocurrirá cuando la evaluación de la ejecución del plan no sea satisfactoria.
La prestación de estas acciones se contratará prioritariamente con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas vinculadas a la entidad territorial, de acuerdo con su capacidad técnica y operativa.

En materia de tipología contractual de las ESES, se debe tener en cuenta también el Decreto 564 de 2004, el cual estableció expresamente la posibilidad de desarrollar sus funciones a través de terceros[556]. Sin embargo, este Decreto fue declarado nulo por el Consejo de Estado. Cabe resaltar que la razón de la ilegalidad la constituyó el hecho de que el objeto del decreto no tenía nada que ver con la norma legal que se reglamentaba, empero, que la norma permitiera el ejercicio de funciones por terceros, según el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, resulta perfectamente plausible y viable desde el punto de vista constitucional y legal. En este sentido, afirmó el Consejo de Estado lo siguiente:

"…Por otra parte y conforme lo establece la Constitución Política de Colombia, es innegable que la prestación de los servicios públicos no está reservada de manera exclusiva a los entes públicos. Al respecto, el artículo 365 superior establece con claridad lo siguiente…
De la simple lectura del precepto superior anteriormente trascrito, emerge la convicción de que los servicios públicos no necesariamente deben ser prestados por el Estado en forma directa, siendo totalmente lícito acudir a otros mecanismos indirectos que hagan posible la participación de las comunidades organizadas y de los particulares en su prestación.

El Ministerio de Salud evaluará la ejecución de las disposiciones de este artículo tres años después de su vigencia y en ese plazo presentará un informe al Congreso y propondrá las modificaciones que se consideren necesarias…
…ARTÍCULO 51. *CONTRATACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO.* Las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado. En el caso de existir en el municipio o distrito respectivo hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes…

[556] Decreto 536 de 2004. "*Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.*

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 192 de la Ley 100 de 1993,

DECRETA:

Artículo 1°. Las Empresas Sociales del Estado de las entidades territoriales, podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos.
Artículo 2°. Cuando la Empresa Social del Estado del nivel territorial determine que sus funciones se desarrollarán únicamente a través de contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o mediante operadores externos, la designación del Gerente o Director de la empresa se regirá por lo señalado en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, de terna que presente la Junta Directiva de la entidad, la cual será conformada únicamente con funcionarios de las respectivas direcciones territoriales de salud.
El funcionario que sea escogido para desempeñar las funciones de la Gerencia o Dirección de la Empresa Social del Estado del orden territorial, continuará devengando el salario del empleo del cual es titular en la dirección territorial.
Artículo 3°. Para la conformación de la terna señalada en el artículo anterior no se aplicará el proceso señalado en el Decreto 3344 de 2003.
Artículo 4º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Así lo reafirmó de manera tajante la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-665 del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, en los siguientes términos:

En cuanto servicio público, según lo dispone el artículo 365 de la Carta, es deber del Estado asegurar la atención, protección y prestación eficiente de los servicios de salud a todos los habitantes del territorio nacional. Pero el hecho de que corresponda al Estado garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos ***no significa que tenga que asumir en forma directa su prestación, pues el texto constitucional es claro al señalar que los servicios pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.*** *(Subrayado ajeno al texto)*

Esbozados los planteamientos anteriores, la Sala encuentra que si bien los mandatos constitucionales y legales anteriormente mencionados, contemplan la posibilidad de que la prestación de los servicios de salud sea asumida por operadores privados o comunidades organizadas, lo real y cierto es que ello nada tiene que ver con el contenido objetivo y material del artículo 192 de las Ley 100 de 1993, ni contribuye en modo alguno a facilitar su ejecución, interpretación y cumplimiento. No significa lo anterior que no sea lícita la prestación de los servicios de salud por particulares, sino simple y llanamente que la disposición reglamentaria cuestionada, en realidad no guarda ningún vínculo de conexidad con el contenido normativo del precepto legal que pretende desarrollar, esto es, con la designación de los directores de las empresas sociales del Estado…" [557](Subraya fuera de texto)

Por su parte la Ley 1122 de 2007[558], entre otros aspectos destacados, estableció el deber en cabeza de las entidades territoriales de contratar con Empresas

---

[557] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. C.P: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00115-01

[558] Ley 1122 de 2007 Artículo 20. *Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda.* Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.

Artículo 26.

De la prestación de servicios por parte de las instituciones públicas. La prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de Empresas Sociales del Estado (ESE) que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud. En todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una Empresa Social del Estado, excepto las unidades de prestación de servicios de salud que hacen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y de aquellas entidades públicas cuyo objeto no es la prestación de servicios de salud. En cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE.

Parágrafo 1

°. Cuando por las condiciones del mercado de su área de influencia, las ESE no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia, las entidades territoriales podrán transferir recursos que procuren garantizar los servicios básicos requeridos por la población, en las condiciones y requisitos que establezca el reglamento.

Parágrafo 2

Sociales del Estado la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda, consagrando, además, la obligación en los diferentes niveles territoriales de promover la creación y el fortalecimiento de asociaciones y/o cooperativas de las ESE, para que éstas puedan proveer insumos. Así mismo, esta norma extendió el régimen contractual establecido para las ESES a las EPS públicas del régimen subsidiado y contributivo[559].

Es pertinente señalar que en este nuevo escenario, se establecieron diversos mecanismos de pago para los contratos de compraventa de salud. Entre los principales encontramos[560]:

a) **Pago por capitación:** Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecido. La unidad de pago está constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas.

b) **Pago por evento:** Mecanismo en el cual el pago se realiza por las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos prestados o suministrados a un paciente durante un período determinado y ligado a un evento de atención en salud. La unidad de pago la constituye cada actividad, procedimiento, intervención, insumo o medicamento prestado o suministrado, con unas tarifas pactadas previamente.

c) **Pago por caso, conjunto integral de atenciones, paquete o grupo relacionado por diagnóstico:** Mecanismo mediante el cual se pagan conjuntos de actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos, prestados o suministrados a un paciente, ligados a un evento en salud, diagnóstico o grupo relacionado por diagnóstico. La unidad de pago la constituye cada caso, conjunto, paquete de servicios prestados, o grupo relacionado por diagnóstico, con unas tarifas pactadas previamente.

Ahora bien, la Ley 1438 de 2011[561] introdujo varias normas dirigidas, en general, a mejorar la gestión y viabilidad de las Empresas Sociales del Estado[562], dentro de

---

°. La Nación y las entidades territoriales promoverán los servicios de Telemedicina para contribuir a la prevención de enfermedades crónicas, capacitación y a la disminución de costos y mejoramiento de la calidad y oportunidad de prestación de servicios como es el caso de las imágenes diagnósticas. Especial interés tendrán los departamentos de Amazonas, Casanare, Caquetá, Guaviare, Guainía, Vichada y Vaupés.

Artículo 30. *Del fortalecimiento de Asociaciones y/o Cooperativas de las* ESE*.* El Gobierno Nacional, departamental y municipal promoverán la creación y el fortalecimiento de asociaciones y/o cooperativas de las ESE, que tengan como objetivo fortalecer la red pública hospitalaria.

Estas asociaciones y/o cooperativas ofrecerán servicios y/o podrán proveer insumos, siempre y cuando beneficien a las entidades con economía de escala, calidad, oportunidad, eficiencia y transparencia.

[559]Ley 1122 de 2007.ARTÍCULO 45. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE EPS PÚBLICAS. Las Empresas promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado.

[560] Decreto 4747 de 2007 "Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones". Artículo 4°.

[561] Ley 1438 de 2011. CAPÍTULO III. Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas y Empresas Sociales del Estado

las cuales resulta oportuno, para los fines de nuestra investigación, traer a colación los siguientes artículos:

ARTÍCULO 69. PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE HOSPITALES PÚBLICOS. El Gobierno Nacional establecerá un Programa de Fortalecimiento de las Empresas Sociales del Estado. Para tal fin podrá constituir un fondo con recursos del Presupuesto Nacional que permita desarrollar un Plan de Inversiones para fortalecer su capacidad instalada y modernizar su gestión con énfasis en el primero y segundo nivel de atención.

Las Empresas Sociales del Estado articuladas en red, que demuestren buenos resultados en los indicadores de salud, bajo riesgo fiscal y financiero, y documenten trabajo en el proceso de calidad podrán acceder a créditos condonables y otros estímulos que ofrezca el Gobierno Nacional, en especial para dotación tecnológica y capacitación del talento humano.

Y siguientes hasta el artículo 86:

ARTÍCULO 85. SANEAMIENTO DE APORTES PATRONALES. Las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a compensar o el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, según corresponda, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las entidades administradoras de pensiones tanto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las de ahorro individual con solidaridad y las administradoras de cesantías, incluido el Fondo Nacional de Ahorro, que hubieren recibido o que tengan en su poder recursos por concepto de aportes patronales del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para Salud, las direcciones territoriales de salud, las Instituciones Prestadoras de Salud Públicas y demás entidades a las que se les hayan asignado recursos para el pago de aportes patronales, contarán con doce (12) meses, para realizar el proceso de saneamiento por concepto de aportes patronales con el procedimiento que determine el Ministerio de la Protección Social. En este proceso de saneamiento podrán concurrir recursos de ambas fuentes.

Los Fondos de Pensiones, Cesantías, Entidades Promotoras de Salud y Administradoras de Riesgos Profesionales de Salud, deberán implementar las acciones administrativas necesarias para que se realice el procedimiento operativo de saneamiento de los aportes patronales con las direcciones territoriales de salud, las instituciones prestadoras de servicio de salud pública y demás entidades a las que se les hayan asignado recursos para el pago de aportes patronales, con oportunidad y eficacia.

Las peticiones de las entidades aportantes relacionadas con el proceso de saneamiento de dichos recursos a las entidades administradoras de los mismos, deben ser entendidas en un plazo no superior a treinta (30) días calendario. En caso de no respuesta se informará del incumplimiento a la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Salud según corresponda, la inspección y vigilancia de la entidad administradora de los aportes patronales, para lo de su competencia.

Si vencido este término de los doce (12) meses dispuestos para concluir el proceso de saneamiento no se hubiere realizado el mismo, las entidades administradoras de aportes patronales girarán los recursos excedentes con el mecanismo financiero que determine el Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de los contratos que se hubieren ejecutado con cargo a estos recursos.

[562] *"…La crisis hospitalaria pública en Colombia no es fenómeno sencillo; se trata de un problema multicausal que viene exacerbándose con la implementación del sistema General de Seguridad Social en Salud.*

Entre las múltiples causas podemos identificar: el crecimiento desmesurado de las plantas de personal, las nóminas paralelas, los despilfarros, actos de ineficiencia administrativa y franca corrupción, falta de una política pública hospitalaria, convenciones colectivas que desangran el presupuesto, modalidad de contratación de servicios que incentivan la ineficiencia, transformación de subsidios de oferta en subsidio a la demanda, régimen de transición prolongado en la seguridad social, la proliferación de IPS privadas, la falta de universalidad en el aseguramiento y otros más…" Evaluación técnica y jurídica de la apertura del Hospital Universitario del Caribe. Edición electrónica. Página 16. Texto completo en : www.eumed.net/libros/2010d/786/

1) El artículo 52[563] estableció reglas específicas aplicables a la suscripción de contratos de prestación de servicios de salud bajo la modalidad de pago por capitación.

2) Los artículos 60-64[564]disponen el establecimiento de organizaciones o redes integradas para la prestación del servicio de salud o hacer acuerdos para dicha

[563]Ley 1122 de 2007.ARTÍCULO 52. *CONTRATACIÓN POR CAPITACIÓN.* Se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud:
52.1 Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación.
52.2 La capitación no libera a las Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio ni de la gestión del riesgo.
52.3 La contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública, se deberá hacer con fundamento en indicadores y evaluación de resultados en salud.
PARÁGRAFO TRANSITORIO. Se podrá hacer contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, sobre la base de indicadores de resultados basados en la estrategia de Atención Primaria en Salud y rendición pública de cuentas, hasta el año 2013.
[564]Ley 1438 de 2011. ARTÍCULO 60. *DEFINICIÓN DE REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD*. Las redes integradas de servicios de salud se definen como el conjunto de organizaciones o redes que prestan servicios o hacen acuerdos para prestar servicios de salud individuales y/o colectivos, más eficientes, equitativos, integrales, continuos a una población definida, dispuesta conforme a la demanda.
ARTÍCULO 61. *DE LAS REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD.*La prestación de servicios de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud se hará a través de las redes integradas de servicios de salud ubicadas en un espacio poblacional determinado.
Las redes de atención que se organicen dispensarán con la suficiencia técnica, administrativa y financiera requerida, los servicios en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación que demande el cumplimiento eficaz de los planes de beneficios.
Las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar, y ofrecer los servicios a sus afiliados de manera integral, continua, coordinada y eficiente, con portabilidad, calidad y oportunidad, a través de las redes.
ARTÍCULO 62. *CONFORMACIÓN DE REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD*. Las entidades territoriales, municipios, distritos, departamentos y la Nación, según corresponda, en coordinación con las Entidades Promotoras de Salud a través de los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud, organizarán y conformarán las redes integradas incluyendo prestadores públicos, privados y mixtos que presten los servicios de acuerdo con el Plan de Beneficios a su cargo. Las redes se habilitarán de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social, quien podrá delegar en los departamentos y distritos. La implementación de la estrategia de Atención Primaria en Salud consagrada en la presente ley será la guía para la organización y funcionamiento de la red.
Las instituciones prestadoras de servicios de salud podrán asociarse mediante Uniones Temporales, consorcios u otra figura jurídica con Instituciones Prestadoras de Salud, públicas, privadas o mixtas. En ejercicio de su autonomía determinarán la forma de integración y podrán hacer uso de mecanismos administrativos y financieros que las hagan eficientes, observando los principios de libre competencia.
ARTÍCULO 63. *CRITERIOS DETERMINANTES PARA LA CONFORMACIÓN DE LAS REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD.* La reglamentación para la habilitación de las redes integradas de servicios de salud se realizará a partir de los siguientes criterios:

prestación de forma individual o colectiva, con la finalidad de racionalizar los recursos y de acercar la atención en salud a la población.[565]

3) El artículo 59[566] dispuso que las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

La intención del legislador al incorporar expresamente estas formas de desarrollar las funciones por parte de las ESES, se aprecia a continuación:

"…Uno de los mecanismos que facilita el logro de mejores condiciones de eficiencia y sostenibilidad en las Empresas Sociales del Estado es la operación con terceros, lo que permita flexibilizar su capacidad de prestación de servicios, para adecuarse al tipo y volumen de servicios requeridos por la demanda en función de variables de tipo

---

63.1 Población y territorio a cargo, con conocimiento de sus necesidades y preferencias en salud, que defina la oferta de servicios a la demanda real y potencial de la población a atender, tomando en consideración la accesibilidad geográfica, cultural y económica.
63.2 Oferta de servicios de salud existente para la prestación de servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, integrando tanto los servicios de salud individual como los servicios de salud colectiva.
63.3 Modelo de atención primaria en salud centrado en la persona, la familia y la comunidad, teniendo en cuenta las particularidades culturales, raciales y de género.
63.4 Recurso humano suficiente, valorado, competente y comprometido. (…)
ARTÍCULO 64. *ARTICULACIÓN DE LAS REDES INTEGRADAS.* La articulación de la red estará a cargo de las entidades territoriales en coordinación con las Entidades Promotoras de Salud, a través de los Consejos Territoriales de la Seguridad Social en Salud; en el caso de los municipios no certificados la entidad territorial será el departamento, sin vulneración del ejercicio de la autonomía de los actores de las redes existentes en el espacio poblacional determinado, buscará que el servicio de salud se brinde de forma precisa, oportuna y pertinente, para garantizar su calidad, reducir complicaciones, optimizar recursos y lograr resultados clínicos eficaces y costo-efectivos. La función de coordinación será esencialmente un proceso del ámbito clínico y administrativo, teniendo como objetivos y componentes:
64.1 La identificación de la población a atender y la determinación del riesgo en salud.
64.2 La identificación de factores de riesgo y factores protectores.(…)

[565]*"…Con el fin de dar solución a los anteriores planteamientos, un número importante de artículos del presente proyecto de ley apunta a destacar la importancia de la aplicación del enfoque de redes en la organización de los servicios de salud, bajo los principios de: i) racionalización de los recursos, y ii) oportunidad de la atención en el lugar donde la persona vive, trabaja, se educa o se recrea. La obligación de implementar el enfoque de red requiere definir políticas claras y directrices para su conformación y funcionamiento, definiendo los requisitos básicos de calidad…"*Ver: Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley No. 01 de 2010 Senado y sus acumulados, 106 Cámara. (Mayoritaria) "Por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", en Gaceta 913 del 17 de noviembre de 2010.

[566]Ley 1438 de 2011. ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

epidemiológico, administrativo y contractual frente a los diferentes pagadores de servicios de salud…"[567]

No obstante, revisando la constitucionalidad de esta norma, la Corte decidió declarar su exequibilidad condicionada en los siguientes términos:

"…si bien existe un fundamento constitucional parcial para la norma demandada, siendo la contratación de servicios una figura válida desde el punto de vista constitucional y legal, el precepto acusado, tal y como se encuentra redactado, al consagrar de manera amplia y general una autorización o facultad a las Empresas Sociales del Estado, sin ningún tipo de límites o restricciones, para que puedan contratar con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas o con operadores externos, el desarrollo de sus funciones; se encuentra en clara contravía de la Constitución en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, y de la jurisprudencia de esta Corte, tal y como quedó reseñado en la parte considerativa de esta sentencia y sintetizado en el apartado anterior, al desconocer la prohibición constitucional de contratar las funciones propias o permanentes de las entidades estatales a través de la figura de contratos de prestación de servicios. De esta manera, la Sala observa, que el enunciado normativo demandado, al autorizar la contratación de manera ilimitada de funciones de las Empresas Sociales del Estado con terceros, se encuentra vulnerando la mencionada prohibición constitucional, por cuanto el precepto permite la posible contratación de funciones permanentes o propias de las Empresas Sociales del Estado, de funciones que puedan ser desarrolladas por el personal de planta de la entidad o que no requieran conocimientos especializados, lo cual da lugar a la afectación del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los fines propios de la administración pública, como quedó expuesto en detalle en esta providencia…
… Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutiva de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado…" [568](negrita y subraya fuera de texto)

Se aprecia entonces que la Corte Constitucional, además de proteger el derecho al trabajo y otros valores y principios constitucionales, extiende algunas de las exigencias propias del contrato de prestación de servicios profesionales establecido en el Estatuto Contractual[569] a las ESES, que como ya lo hemos

[567]Ver: Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley No. 01 de 2010 Senado y sus acumulados, 106 Cámara. (Mayoritaria) "Por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", en Gaceta 913 del 17 de noviembre de 2010.
[568] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
[569]Ley 80 de 1993. Artículo 32. 3o. Contrato de prestación de servicios
Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo

señalado, se rigen como regla general por el Derecho Privado. En síntesis, en virtud de esta posición jurisprudencial cuando una de estas entidades, en calidad de contratante, pretenda celebrar contratos de prestación de servicios de salud con terceros entre los cuales encontramos, por ejemplo, los contratos de prestación de servicios profesionales o contratos de outsourcing, debe observar rigurosamente las reglas de selección objetiva que la Constitución y la ley han establecido respecto a esta tipología contractual,[570] en cuanto a la imposibilidad de contratar la prestación de servicios permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados. Se constituye entonces de esta manera como un imperativo, la aplicación del derecho propio de la contratación estatal a un régimen exceptuado del Estatuto Contractual.

4) Adicionalmente, el artículo 76 dispuso que: "…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 eficiencia en sus adquisiciones…"

---

podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.
En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.
Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:
4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:
…h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

[570] "… En este sentido, se está ante la presencia de una autorización general para contratar con las personas naturales o jurídicas de que trata la norma, autorización expresa que sin embargo no puede desconocer las disposiciones constitucionales, legales, y la jurisprudencia constitucional en la materia, en relación con los límites a la contratación por parte de las entidades estatales, tanto en relación con los principios que deben regir dicha contratación, la selección objetiva de los contratistas, y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados…" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

La intención del legislador al introducir estos apartes normativos, se aprecia a continuación:

"… Con el fin de que los recursos públicos utilizados en la contratación que adelantan las Empresas Sociales del Estado sean debida y adecuadamente utilizados, es necesario regular mediante ley la contratación en dichas entidades, así como definir un sistema de contratación para la adquisición de bienes y servicios que permitan racionalizar los precios de los mismos a través de economías de escala, de tal manera que la gestión resulte más eficiente y con calidad optimizando los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud…"[571]

Como se observa, en aras de la transparencia y eficiencia se introduce un sistema de contratación para la adquisición de bienes y servicios que permite racionalizar los precios a través de economías de escala, optimizando así los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, facultando a las ESES para asociarse entre sí, conformar cooperativas o implementar sistemas de compras electrónicas. Así mismo, establece la posibilidad para que, de manera conjunta con otras ESES, se contraten las funciones administrativas para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo operativo y de apoyo que puedan cubrir las necesidades de la empresa, tales como los sistemas de información, de control interno, de interventorías, de gestión de calidad y auditorías, de recurso humano. Ello implica, sin lugar a dudas, una asociación entre ESES pero ya no solamente para ofertar servicios de salud o insumos en los términos de la Ley 10 de 1990 y la Ley 1122 de 2007 o para beneficiarse a través de economías de escala en los términos de esta misma norma, como ya lo habíamos señalado, sino también para atender las necesidades propias del ejercicio normal de sus funciones. Dicho sistema, no obstante preserva el régimen de Derecho Privado aplicable en materia contractual a estas entidades.[572], debe respetar los principios de la actuación administrativa y la contratación estatal, adoptándose como Estatuto Interno de Contratación, el cual debe observar los lineamientos que previamente debe definir el Ministerio de Protección Social. (Léase Ministerio de Salud y Protección Social)[573]De igual forma, esta norma autoriza la utilización del mecanismo de subasta inversa, lo cual no implica necesariamente que las ESES en sus Manuales de Contratación incorporen esta modalidad en los mismos términos de las reglas que componen el Estatuto Contractual del Estado.

---

[571]Ver: Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley No. 01 de 2010 Senado y sus acumulados, 106 Cámara. (Mayoritaria) "Por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", en Gaceta 913 del 17 de noviembre de 2010.

[572] Se debe tener en cuenta que esta ley no deroga expresamente el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y, además, hace referencia a unos asuntos específicos de la contratación de las ESES y no a todo su régimen.

[573] La Ley 1444 de 2011 "Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones", escindió y reorganizó el Ministerio de la Protección Social y creó el Ministerio de Salud.

5) Finalmente, el artículo 103 establece la prohibición, para las IPS públicas, de vincular el personal permanente mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes, lo cual complementa entonces lo señalado en el recién comentado artículo 59 y en la jurisprudencia que estudió su constitucionalidad .[574]

En suma: *"para poder cumplir con su objeto social, es natural que las empresas sociales deban acudir a diversos mecanismos de contratación; por un lado, deben celebrar contratos con otras instituciones, receptoras o acreedoras de los servicios que presta la empresa social (aseguradoras del sistema como las entidades promotoras de salud (EPS) y administradoras del régimen subsidiado (ARS), así como entidades territoriales), y por el otro, las empresas sociales deben celebrar contratos con terceros ajenos a ellas, terceros que colaboran con su funcionamiento (trabajadores, proveedores, prestadores de servicios, etc.).*[575]

En este orden de ideas, las ESES celebran especialmente contratos de compraventa de servicios de salud, de prestación de servicios profesionales, de outsourcing, de asociación con otras ESES para ofertar servicios de salud, para proveer insumos, para beneficiarse de economías de escala o para desarrollar funciones administrativas propias como los sistemas de control interno, interventorías, auditorías etc.

Estos contratos o convenios de asociación[576], siguiendo al profesor LOZADA PIMIENTO[577], se enmarcan dentro del concepto de alianzas empresariales estratégicas, entendido este como la unión de esfuerzos con un fin común a largo plazo. Este concepto, a su vez, tiene diferentes manifestaciones como lo son la alianza estratégica en estricto sentido, el cual constituye un acuerdo formal para compartir por ejemplo experiencias y conocimiento; la alianza vacía, en la cual la

[574]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

[575] LOZADA PIMIENTO, Nicolás Ernesto. En torno al régimen de contratación de las empresas sociales del Estado. En Revista Derecho del Estado. No. 18, junio de 2006. Universidad Externado de Colombia. Página 154

[576] El Consejo de Estado se ha pronunciado respecto a estas formas contractuales de la siguiente forma: "…También debe recordarse que el denominado "convenio de asociación", al cual se refiere la consulta, en el cual se expresa "…que el vínculo existente derivado del convenio es eminentemente comercial y por ende estará regido por las normas consagradas en la legislación civil y comercial y demás disposiciones concordantes para este tipo de convenios", cuyo objeto es la prestación de servicios de salud, el que implica varios actos -pluralidad de actos- en un tiempo determinado, constituye un contrato atípico, en el cual las partes han determinado las condiciones a las que se sujeta, con el fin de darle especialidad, y al cual se aplica el artículo 864 del Código de Comercio, según el cual " el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial…". CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación número: 1263

[577]LOZADA PIMIENTO, Nicolás Ernesto. Ibídem, páginas 159-160

empresa contratista asume un servicio desentendiéndose entonces de esta actividad el contratante, siendo para este autor el outsourcing un ejemplo de esta modalidad[578]; y por último la alianza estratégica temporal o consorcio, en la cual la unión se da para lograr un objetivo específico como resultar adjudicatario de un proceso de selección de contratistas[579].

[578]Según la Superintendencia Nacional de Salud: *"…La figura del Outsourcing o Tercerización o Externalización, es: El proceso en el cual una firma identifica una porción de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente y/o más efectivamente por otra corporación o persona, la cual es contratada para desarrollar esa porción de negocio.* ***Esto libera a la primera organización para enfocarse en la parte o función central de su negocio****. Un* ***acto por el cual una ORGANIZACIÓN acude a una empresa o persona exterior, para que realice un trabajo correspondiente a un proceso para su negocio, y en el que la contratada esta especializada, consiguiendo la ORGANIZACIÓN en su negocio, una mayor efectividad a través de esta empresa o persona exterior especializada.***

El outsourcing, tercerización, o externalización, tiene por objeto LA PRODUCCIÓN DE BIENES, LA EJECUCIÓN DE OBRAS Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, ***cuyo propósito final sea un resultado específico****.*

La prestación de servicios por outsourcing, tercerización, o externalización, podrá ser organizada por profesión o especialidad, o maestría o doctorado, o Por tecnologías, o por auxiliares, o en procesos o subprocesos. Los procesos podrán contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, ***siempre atados al resultado final…"***SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Outsourcing en IPS. Referenciado:1-2010-087830. En Boletín Jurídico Número 21. Enero a octubre de 2011. Páginas 159-166

[579]Según la Superintendencia Nacional de Salud: "…el Consorcio o Unión Temporal debe darse antes de la oferta o contratación de los servicios con las Entidades Responsables del Pago, las Entidades que ofertan Planes Adicionales hoy voluntarios de Salud, los particulares y demás Pagadores del sistema y no de FORMA POSTERIOR, porque si dicha asociación o alianza estratégica SE REALIZA DESPUÉS DE CELEBRADOS LOS CONTRATOS, se configuraría la doble habilitación de un mismo servicio y la subcontratación o intermediación de servicios de salud, es decir que es la Unión Temporal o el Consorcio de los Prestadores de Servicios de Salud quien celebra el contrato con las Entidades Responsables del Pago, las Entidades que ofertan Planes Adicionales hoy voluntarios de Salud, los Particulares y demás pagadores del Sistema de Salud.

Teniendo en cuenta que la Unión Temporal o Consorcio de Prestadores de Servicios de Salud podrá ser:

- Para la complementación de Servicios.
- Para la complementación de la capacidad de oferta instalada de servicios.
- De una misma complejidad para la conformación de una red local o regional de servicios de salud de una misma complejidad.
- De diferente complejidad para la conformación de una red local o regional de servicios de salud de diferente complejidad.
- Para sistemas de contratación, adquisiciones y compras.

La Unión Temporal o Consorcio de Prestadores de Servicios de Salud puede ser:

Abierta: es una Unión Temporal o Consorcio de prestadores de servicios de salud diseñada para suscribir contratos con **DIFERENTES** Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud, las Entidades que ofrezcan Planes Adicionales hoy Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del Sistema.

Cerrada: es una Unión Temporal o Consorcio de prestadores de servicios de salud diseñada para suscribir contratos con **UNA** Entidad Responsable del Pago de Servicios de Salud, Entidad que ofrezca Planes Adicionales hoy Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del Sistema…" SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Circular 066 y 067 de 2010. Referenciado: 1-2011-047472. En Boletín Jurídico Número 21. Enero a octubre de 2011. Páginas 645-655

Adicionalmente, las ESES celebran contratos que ordinariamente celebra cualquier entidad del Estado como los de suministro, arrendamiento, comodato, consultoría, sólo por enunciar algunos ejemplos.

De este modo, la tipología contractual por excelencia utilizada por las ESES es el denominado contrato de compraventa de servicios de salud, a través del cual: *el contratante, ente territorial o entidad pública o entidad de naturaleza privada, adquiere con destino a un grupo poblacional determinado, la prestación de servicios de salud que el contratista, persona de derecho privado o público se compromete a brindar en los términos contractuales y de conformidad con los preceptos constitucionales y legales del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*[580]

En este sentido, se aprecia que las ESES pueden actuar en esta relación contractual en condición de contratante así como de contratista, interactuando con entidades territoriales, con EPS públicas o privadas y con IPS públicas y privadas. Así, se puede afirmar que cuando la ESE actúa como contratante se aplican las normas de Derecho Privado que las rige, en virtud de lo señalado por el ya mencionado artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, si la ESE actúa como contratista y el contratante es una entidad territorial (por ejemplo para ejecutar acciones de salud pública en la promoción y prevención) se podría colegir que el régimen jurídico aplicable sería de Derecho Público en razón a que la tipología se enmarcaría en un convenio o contrato interadministrativo regido por el Estatuto Contractual, por ser la entidad territorial una de aquellas que se rigen por la Ley 80 de 1993. Sin embargo, no compartimos esta posición pues, si bien es cierto la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción[581] establece que cuando en un convenio o contrato interadministrativo la entidad ejecutora no se rija por la Ley 80 de 1993, la ejecución del mismo se regirá por esta normatividad, también lo es que, la misma norma establece una excepción en el caso que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad, situación que se presenta claramente respecto a los contratos de compraventa de servicios de salud que celebran las ESES.

En el caso que la parte contratante sea una EPS pública el régimen jurídico es de Derecho Privado, al tenor de lo ya mencionado respecto al régimen que estableció

---

[580] SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés. Contratación Estatal y Contratación en Salud del Estado Colombiano. Compendio Teórico Práctico. Grupo Editorial Ibañez. 2009. Página 390

[581] Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 95. *APLICACIÓN DEL ESTATUTO CONTRACTUAL.* Modifíquese el inciso 2o del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:
En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

frente a este tipo de entidades la Ley 1122 de 2007. Si se trata de una EPS privada el régimen de Derecho Privado aplicable resulta evidente. En este mismo sentido, se aplica el régimen de Derecho Privado frente a relaciones contractuales con IPS públicas o privadas.

Ahora bien, al estar permitida la contratación de servicios con terceros es una figura contractual que también utilizan con frecuencia las ESES, por ejemplo para contratar los servicios de un médico especialista en cualquier rama de esta ciencia (vgr, medicina interna, cardiología, oncología pediátrica). Sin embargo, en este aspecto, además de las restricciones establecidas por la jurisprudencia constitucional arriba anotadas[582], se deben tener en cuenta las advertencias realizadas por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante las Circulares 066 del 23 de diciembre de 2010 y 067 del 27 de diciembre de la misma anualidad, como órgano que ejerce las funciones de inspección y vigilancia sobre los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respecto a las prácticas ilegales de intermediación o subcontratación que se presentan en la contratación de servicios de salud por parte de las entidades responsables del pago de servicios de salud (ERPSS) y prestadores del servicio de salud (PSS)[583] entre las cuales se encuentran, desde luego, las ESES. La intención de estas normas es impedir que los prestadores de servicios se conviertan en meros tramitadores de servicios abandonando su verdadera condición de prestadores.

El fundamento principal del pronunciamiento de la Superintendencia Nacional de Salud, lo constituye el Decreto 1011 de 2006 "Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud", pues a través de esta norma se exige a los prestadores de servicios de salud su habilitación bajo estándares tales como la capacidad tecnológica y científica, la suficiencia patrimonial y financiera y la

---

[582] *"… En este sentido, se está ante la presencia de una autorización general para contratar con las personas naturales o jurídicas de que trata la norma, autorización expresa que sin embargo no puede desconocer las disposiciones constitucionales, legales, y la jurisprudencia constitucional en la materia, en relación con los límites a la contratación por parte de las entidades estatales, tanto en relación con los principios que deben regir dicha contratación, la selección objetiva de los contratistas, y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados…"* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

[583] Decreto 4747 de 2007. ARTÍCULO 3°. DEFINICIONES.
Para efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:
a). Prestadores de servicios de salud. Se consideran como tales las instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. Para efectos del presente decreto, se incluyen los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados;
b). Entidades responsables del pago de servicios de salud. Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales.

capacidad técnico-administrativa[584]. Igualmente, se debe tener en cuenta lo señalado por el Decreto 515 de 2004 "Por el cual se define el Sistema de Habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado, ARS" (denominadas luego de la expedición de la Ley 1122 de 2007 Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado EPS-S), el cual considera expresamente una práctica no autorizada ofrecer servicios de salud a través de terceros por parte de la entidad habilitada para ello[585].

En este sentido, la Superintendencia Nacional de Salud advierte que:

"… la función de los PRESTADORES según el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, es la de prestar los servicios de salud en el nivel de atención correspondiente, no la de ser CONTRATANTES DE LOS SERVICIOS DE SALUD, pues el Prestador de Servicios de Salud debe realizar directamente la labor para la cual fue contratado y no contratar a otro para que realice sus funciones.
De manera que, ***un mismo servicio no puede tener doble habilitación****, es decir* ***que el mismo servicio este habilitado por dos o más prestadores de servicios de salud, sólo puede ser habilitado por el prestador responsable del mismo, porque quien habilita el servicio es quien lo presta y quien puede suscribir los contratos con las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP), las Entidades que ofrezcan Planes Adicionales hoy Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema.***
En otros términos, ***el Prestador de Servicios de Salud no puede ofertar un servicio habilitado por un tercero****, situación conocida como subcontratación o intermediación,* ***en tal caso las Entidades Responsables del Pago, las Entidades que ofrezcan Planes Adicionales hoy Voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del***

[584]Artículo 6°. *Sistema Único de Habilitación.* Es el conjunto de normas, requisitos y procedimientos mediante los cuales se establece, registra, verifica y controla el cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico-administrativa, indispensables para la entrada y permanencia en el Sistema, los cuales buscan dar seguridad a los usuarios frente a los potenciales riesgos asociados a la prestación de servicios y son de obligatorio cumplimiento por parte de los Prestadores de Servicios de Salud y las EAPB.

CAPITULO II

Habilitación de prestadores de servicios de salud

Artículo 7°. *Condiciones de capacidad tecnológica y científica.* Las condiciones de capacidad tecnológica y científica del Sistema Unico de Habilitación para Prestadores de Servicios de Salud serán los estándares de habilitación establecidos por el Ministerio de la Protección Social.
Las Entidades Departamentales y Distritales de Salud, en sus correspondientes jurisdicciones, podrán someter a consideración del Ministerio de la Protección Social propuestas para la aplicación de condiciones de capacidad tecnológica y científica superiores a las que se establezcan para el ámbito nacional. En todo caso, la aplicación de estas exigencias deberá contar con la aprobación previa de este Ministerio.

[585]Decreto 515 de 2004. Artículo 15. *Prácticas no autorizadas*. Se consideran prácticas no autorizadas respecto de las entidades de que trata el presente decreto, las siguientes:
…15.3. Se encuentra prohibida cualquier forma de estipulación, acuerdo o franquicia, en virtud de la cual se ofrezcan a través de terceros, planes de beneficios que impliquen por parte de la entidad habilitada y concedente no asumir directamente la responsabilidad del riesgo en salud y del aseguramiento de la población afiliada. Quien incurra en esta práctica será responsable frente a los afiliados y los proveedores, de conformidad con las normas vigentes…"

sistema, deben contratar no al prestador que lo oferta por subcontratación, sino directamente al Prestador que lo habilitó…"[586]

No obstante, el órgano de inspección y vigilancia aclara cuando este tipo de contratación es factible y viable jurídicamente:

"…La práctica autorizada en la prestación de servicios de salud, se da cuando el PSS contrata individualmente la prestación de servicios de salud o contrata la prestación de servicios mediante la figura de ASOCIACIÓN O DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS con otros operadores Privados o Públicos mediante Sistemas Negociables Mercantiles.
Entonces el PSS tan solo podrá ofertar y brindar los servicios que éste tenga habilitados en el evento que pretenda brindarlos en un paquete integral de servicios junto con otros servicios que no tenga habilitados, lo puede realizar siempre que lleve a cabo la conformación de una asociación o alianza estratégica de prestadores de servicios de salud, para poder ofertar en conjunto con otros prestadores de servicios de salud, sus servicios y los de estos, como PAQUETE INTEGRAL DE SERVICIOS DE SALUD.
El PSS también podrá ofertar y vender sus servicios habilitados a través de un asociado o afiliado por outsourcing, por tercerización, o por externalización, mediante la asociación o contratación de un tercero no habilitado para el suministro de los servicios de salud habilitados por el PSS, bajo la figura de la asociación o contratación por outsourcing, por tercerización o por externalización de estos servicios…"[587]

Concluye, la Superintendencia Nacional de Salud este tema de la siguiente forma:

"…Así las cosas y en conclusión, la ESE (…) puede ofertar y contratar individualmente la prestación de servicios de salud con las Entidades Responsables del Pago, las Entidades que ofertan planes adicionales hoy voluntarios de salud, los particulares y demás pagadores del sistema, SI TIENE COMO SUMINISTRARLOS y SI LOS POSEE HABILITADOS como Prestador de Servicios de Salud INDIVIDUALMENTE CONSIDERADO, de lo contrario de no tenerlos habilitados y como suministrarlos podrá realizar una ASOCIACIÓN O ALIANZA ESTRATEGICA con otro u otros Prestadores de Servicios de Salud bajo la figura de UNIÓN TEMPORAL o CONSORCIO.
…Adicionalmente, de tener el servicio habilitado pero no tener como suministrarlo el Prestador de Servicios de Salud podrá hacerlo a través de un tercero asociado o contratado por outsourcing, tercerización, externalización, agente tercerizador o externalizador evento en el cual dicho servicio, DEBE SER HABILITADO EXCLUSIVAMENTE POR EL PRESTADOR DE SERVICIOS DE SALUD y NO POR EL TERCERO ASOCIADO o CONTRATADO por OUTSOURCING, TERCERIZACIÓN, EXTERNALIZACIÓN, AGENTE TERCERIZADOR O EXTERNALIZADOR…"[588]

---

[586] SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Alcance Circular 066 y 067 de 2010. Referenciado: 1-2011-025241. En Boletín Jurídico Número 21. Enero a octubre de 2011. Páginas 21-30.

[587] SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Circular 066 y 067 de 2010. Referenciado: 1-2011-047472. En Boletín Jurídico Número 21. Enero a octubre de 2011. Páginas 645-655

[588] SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Los prestadores de servicios de salud: Naturaleza y funciones. Referenciado: 1-2011-013303. En Boletín Jurídico Número 21. Enero a octubre de 2011. Páginas 321-339

Finalmente, resulta interesante preguntarnos si las ESES podrían celebrar contratos de concesión, por ejemplo, de un departamento de radiología. Ello implicaría el desarrollo de una de las modalidades de concesión cual es la que se refiere a la prestación de servicios públicos. De este modo, la tipología contractual a utilizar sería la concesión del servicio público de salud, lo cual, preliminarmente no tendría ningún inconveniente partiendo de lo preceptuado por el artículo 365 constitucional, tal y como ya lo refrendó el Consejo de Estado en su jurisprudencia previamente traída a colación[589]. Empero, según la Superintendencia Nacional de Salud esta tipología contractual no estaría permitida para las ESES.

En efecto, resolviendo una consulta en la cual se pregunta expresamente si es legalmente posible que una ESE pueda dar en concesión la prestación de los servicios en salud, el órgano de inspección y vigilancia, luego de exhortar acerca de las prácticas no autorizadas entre prestadores de servicios de salud y pagadores de servicios de salud y de reiterar que las tipologías que se encuentran autorizadas legalmente por la normatividad para contratar con terceros corresponden a las ya mencionadas, outsourcing, tercerización y externalización, concluye lo siguiente:

"…Como corolario de lo anterior esta Oficina Asesora Jurídica considera que es viable jurídicamente que la ESE contrate con terceros bajo las modalidades de tercerización, externalización u outsorurcing la prestación de servicios de salud, la (sic) se encuentra

[589] *"…Por otra parte y conforme lo establece la Constitución Política de Colombia, es innegable que la prestación de los servicios públicos no está reservada de manera exclusiva a los entes públicos. Al respecto, el artículo 365 superior establece con claridad lo siguiente…*
De la simple lectura del precepto superior anteriormente trascrito, emerge la convicción de que los servicios públicos no necesariamente deben ser prestados por el Estado en forma directa, siendo totalmente lícito acudir a otros mecanismos indirectos que hagan posible la participación de las comunidades organizadas y de los particulares en su prestación.
Así lo reafirmó de manera tajante la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-665 del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, en los siguientes términos:
En cuanto servicio público, según lo dispone el artículo 365 de la Carta, es deber del Estado asegurar la atención, protección y prestación eficiente de los servicios de salud a todos los habitantes del territorio nacional. Pero el hecho de que corresponda al Estado garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos ***no significa que tenga que asumir en forma directa su prestación, pues el texto constitucional es claro al señalar que los servicios pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.*** *(Subrayado ajeno al texto)*
Esbozados los planteamientos anteriores, la Sala encuentra que si bien los mandatos constitucionales y legales anteriormente mencionados, contemplan la posibilidad de que la prestación de los servicios de salud sea asumida por operadores privados o comunidades organizadas, lo real y cierto es que ello nada tiene que ver con el contenido objetivo y material del artículo 192 de las Ley 100 de 1993, ni contribuye en modo alguno a facilitar su ejecución, interpretación y cumplimiento. No significa lo anterior que no sea lícita la prestación de los servicios de salud por particulares, sino simple y llanamente que la disposición reglamentaria cuestionada, en realidad no guarda ningún vínculo de conexidad con el contenido normativo del precepto legal que pretende desarrollar, esto es, con la designación de los directores de las empresas sociales del Estado…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. C.P: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00115-01.

legalmente permitida, tal y como se precisa en las circulares externas 066 y 067 de 2010 emanadas de esta Superintendencia…"[590]

Incluso, en tratándose de la viabilidad jurídica para que una Caja de Compensación Familiar realice la concesión de los servicios de salud de alta complejidad con un tercero, esta entidad en otro concepto respondió expresamente que:

"…Por otra parte, y como una razón más de peso para considerar improcedente la concesión de los servicios de salud referidos en la consulta, es el hecho analizado, del contrato de Concesión, pues, quedó establecido, el mismo comprende una clara delegación de la función o prestación del servicio de salud, por parte de la Entidad prestadora habilitada y certificada. La delegación como figura legal, es la transferencia del ejercicio de la función (la prestación del servicio de salud) a un tercero, con función afín, para que preste el servicio a nombre de esa tercera prestadora, situación que no es procedente por cuanto, la habilitación y certificación, para la prestación de los servicios de salud específicos en la modalidad de alta complejidad, ha sido otorgada a la prestadora que pretende hacer la concesión, (delegante), no a que quien se hace la concesión (delegataria), situación para lo cual no está autorizada (constituye intermediación), por lo que resulta improcedente desde todo punto de vista, la delegación es un acto que se debe realizar a través de leyes…"[591]

No obstante la posición sostenida por la Superintendencia Nacional de Salud, consideramos que no existe prohibición expresa que les imposibilite a las ESES celebrar contratos de concesión. Empero, si deciden hacerlo, serían en este caso extensibles las restricciones arriba comentadas respecto a la contratación con terceros. Así mismo, se debe resaltar que la decisión de celebrar este tipo de contratos tiene la obligación de motivarse, es decir, la entidad debe evaluar cuáles son las tipologías contractuales disponibles para satisfacer el requerimiento o la necesidad y escoger la que más se ajuste para tales efectos. No se trata entonces de un capricho o de una forma de desentenderse de sus responsabilidades, sino de la utilización de una tipología contractual que ofrece ventajas a la entidad que requiere satisfacer una necesidad determinada. Contrario sensu, lo que sí resultaría extraño es que la ESE entregue en concesión la mayoría de los servicios que presta porque eso desnaturalizaría su existencia como entidad pública a través de la cual el Estado, principalmente, presta el servicio público de salud.

Igualmente, si bien es cierto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que cuando una ESE celebra uno de los contratos que define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales se encuentra el de concesión de servicios

[590]SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Los prestadores de servicios de salud: Naturaleza y funciones…Ibídem

[591]SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Concesión de la prestación de los servicios de salud. Referenciado: 1-2010-011060.Suscrito por Luz Karime Fernández Castillo, Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

públicos, no por ello se le aplica el régimen del Estatuto Contractual pues la regla general sigue siendo la aplicación del régimen de Derecho Privado, las ESES, dada la connotación de este tipo de contratos, deben incorporar reglas en sus manuales de contratación que hagan más estricta la selección del concesionario y además incorporar las cláusulas exorbitantes legalmente procedentes en este tipo de contratos, las cuales, según el artículo 14 del Estatuto Contractual[592], serían las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. La incorporación de la reversión sería discutible, por lo menos inicialmente, pues una lectura exegética de la norma citada nos muestra que esta hace referencia a la explotación y concesión de bienes más no de servicios públicos.

1.8 Las ESES y la Reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) propuesta por el Gobierno del Presidente Santos en 2013

El pasado 19 de marzo de 2013, luego de muchos anuncios y de la gran expectativa generada en los diferentes actores del sector salud y de los colombianos en general, el Gobierno Nacional radicó en el Congreso de la República la iniciativa legislativa "Por medio de la cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", correspondiendo su numeración al Proyecto de Ley 210 de 2013 Senado.

Esta iniciativa se presenta en un ambiente donde predominan las quejas por los malos manejos de los recursos del sistema y la deficiencia inocultable de la atención en salud de los colombianos. En este contexto entonces, el Gobierno propone la redefinición del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), teniendo como principal novedad la modificación del rol que han venido desempeñando, desde la expedición de la Ley 100 de 1993 hasta el momento, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), pasando de administradoras de los recursos del régimen a cumplir un papel ahora de gestoras de servicios de salud[593]. Esta función se radica entonces ahora en cabeza de una nueva entidad estatal denominada "Salud Mía"[594].

---

[592] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 14º. De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:
…2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

[593] *"… se define un nuevo actor dentro del SGSS que tiene bajo su responsabilidad la gestión de las prestaciones de los servicios de salud incluidos en Mi-Plan. Este actor son los Gestores de Servicios de Salud. Estos Gestores tendrán un nuevo esquema de incentivos de manera que sus acciones se orienten a la gestión y resultados en salud, lo que marca una diferencia con el esquema actual, donde predominan los incentivos a la gestión financiera de la UPC.*
Desde la promulgación de la Ley 100 las EPS fueron responsables de la compra de servicios de salud con el fin de garantizar el acceso a las tecnologías y servicios incluidos en el POS. En

Si bien es cierto, en lo que respecta a los prestadores de servicios de salud se propone la implementación de medidas dirigidas a fortalecer las redes de prestación de servicios en salud[595], no se plantean modificaciones de fondo frente

---

principio las EPS deberían enfocarse en la gestión del riesgo en salud, es decir, en disminuir la probabilidad de ocurrencia de eventos de enfermedad, lo cual, en teoría, disminuiría los costos de la atención y generaría buenos resultados en salud. En la Ley 100, existía una coincidencia supuesta entre los resultados económicos de las EPS y los resultados sanitarios.
Pero lo que ha sucedido en los últimos 20 años del sistema ha sido diferente. Las EPS se han concentrado más en la gestión financiera de los recursos que en gestionar el riesgo en salud de la población. Ha habido múltiples incentivos que han llevado a lo anterior. Las EPS se han centrado en la selección de riesgo, esto es, en seleccionar los pacientes más sanos. O han podido recobrar los servicios no incluidos en el POS. O han negado servicios. O se han beneficiado de las barreras al acceso, geográficas (la gente vive lejos de los prestadores) y socioeconómicas (los trabajadores informales, por ejemplo, enfrentan un costo de oportunidad muy alto de ir al médico o al hospital).
Los Gestores tienen diferencias profundas con las actuales EPS. El cuerpo de la presente ley define un nuevo sistema de incentivos a la gestión del riesgo en salud, basado en resultados y acceso efectivo a los servicios. Los Gestores ya no son responsables del recaudo y administración directa del recurso financiero…" Exposición de motivos. Proyecto de Ley No. 210 de 2013 Senado "Por medio de la cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"

[594] *"…La creación de Salud-Mía como una entidad financiera de naturaleza especial, encargada de afiliar, recaudar, administrar y girar los recursos destinados al pago de los servicios de salud, responde principalmente a la necesidad de solucionar cuatro grupos de problemas. El primer grupo tiene que ver con la dispersión de fuentes de financiación del sistema; el segundo, con las dificultades operativas de la administración del FOSYGA; el tercero, con los costos asociados a la administración del FOSYGA y los procesos delegados en las EPS; y el cuarto, con las dificultades en la afiliación, en el recaudo y en los pagos a prestadores. Estos problemas han afectado el acceso de los usuarios a los servicios de salud y en general el desempeño del sistema de salud…"* Exposición de motivos. Proyecto de Ley No. 210 de 2013 Senado… Ibídem

[595] *"…en el Capítulo de Prestación de Servicios de Salud del presente proyecto de ley se hace necesario fortalecer la conformación, organización, operación, seguimiento y evaluación de las redes de prestadores de servicios de salud, en función de una respuesta adecuada y efectiva a la demanda y teniendo en consideración las condiciones de acceso, continuidad, integralidad, resolutividad y oportunidad, que permitan el logro de los resultados en salud y la satisfacción de los afiliados.*
Ello implica la definición de roles y funciones específicas para la Nación, las entidades territoriales, los gestores de servicios de salud y los prestadores de servicios de salud. En el articulado se establece que a la Nación le corresponde la definición de los estándares de habilitación de las redes, la implementación de incentivos que liguen el pago a los gestores de servicios de salud en función de los resultados en salud, a través de un proceso de monitoreo y seguimiento continuo del desempeño de estos actores.
El articulado también establece que a las entidades territoriales les corresponde la verificación y monitoreo de las condiciones de habilitación de las redes de prestación de los gestores y el monitoreo tanto de los resultados en salud como de los indicadores que den cuenta de la operación de las mismas.
Se define también que los gestores de servicios de salud, teniendo en cuenta el perfil de riesgo de su población adscrita, conformarán, organizarán y gestionarán las redes de prestación de servicios de salud que garanticen el acceso a la población afiliada en el área de gestión sanitaria donde operan; igualmente, concertarán con los prestadores de servicios de salud que hagan parte de la red, las condiciones de la prestación y los resultados esperados así como los mecanismos de evaluación y pago de los mismos.
Por último, los prestadores de servicios de salud, responderán por la caracterización e intervención sobre los riesgos en salud, a través de actividades preventivas, de protección específica y detección temprana, búsqueda activa de personas, así como por las prestaciones individuales de

a la naturaleza, características propias o en cuanto al régimen jurídico de las ESES. Sin embargo, el proyecto de ley establece reglas claras respecto a la elección de los Gerentes de estas entidades que pretenden superar las dificultades que se han generado en la práctica en torno a este tema[596] y, adicionalmente, propone el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República con miras a definir el régimen laboral del talento humano de las ESES[597]. Teniendo en cuenta este último punto, se avizora desde

---

*salud. Adicionalmente, serán los generadores primarios de la información para soportar los procesos de verificación de la efectividad y eficiencia de la prestación de los servicios de salud, así como de los resultados en salud…"*Exposición de motivos. Proyecto de Ley No. 210 de 2013 Senado… Ibídem

[596]*Este capítulo también incluye medidas para modificar el nombramiento de gerentes o directivo de las Empresas Sociales del Estado y conformación de juntas directivas. La Ley 100 de 1993 determinó la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado y su Régimen Jurídico. Veinte años después de su implementación y desarrollo, se requieren de ajustes que permitan solucionar algunas de las dificultades que en su ejercicio se han visualizado a lo largo de este tiempo.*

Por una parte, la Ley 1438 de 2011, realizó algunos ajustes a la conformación de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado (art. 70) y generó unas causales de inhabilidades e incompatibilidades (art.71). No obstante, al dar aplicación a estas normas, nos encontramos con formas disímiles de juntas directivas, dependiendo de nivel de la entidad. Por ejemplo, si es de primer nivel tiene una junta directiva conformada por 5 miembros con periodos diferentes, si es de segundo y tercer nivel la junta se conforma de manera tripartita por 6 miembros como lo indicaba la ley 10 de 1990 por un periodo de 3 años. Esto genera dificultades a las entidades territoriales en la organización, seguimiento y control de estas Empresas Sociales del Estado.

De esta manera, el artículo propuesto determina cuál sería la conformación de las juntas directivas de todas la Empresa Sociales del Estado, se unifican los periodos todos a 3 años y se incluye como miembro de la Junta Directiva al gobernador del departamento o su delegado, en las ESE municipales. Esto fortalece la participación del departamento en la organización y conformación de las redes de prestación de servicios de salud del departamento. A su vez, se hace una especial consideración con las Empresas Sociales del Estado de tercer nivel de atención, que tengan suscrito convenios docente-asistenciales, para que amplíen la conformación de su junta directiva en un (1) miembro más, el cual deberá ser designado de entre las Universidades con las cuales tengan dichos convenios.

Ante las reiteradas quejas de la comunidad, en relación a que los procesos de meritocracia para la elección del gerente de las ESE se han contaminado y no son trasparentes ni objetivos, se considera necesario que dicha elección sea realizada por parte de la autoridad nacional o territorial competente, y su cargo será de libre nombramiento y remoción. Así, quien sea nombrado deberá responder por sus acciones u omisiones en el ejercicio del cargo y dar fe del voto de confianza ante quien lo nominó. Se establece un período de transición para los Gerentes o Directores cuyo período no haya culminado a la expedición de la presente Ley, quienes continuarán en el desempeño de su empleo hasta el cumplimiento del período o por el retiro por evaluación. Una vez el empleo se encuentre vacante deberá proveerse mediante nombramiento ordinario…"

[597] *"…Este capítulo también incluye un artículo sobre el régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado. Las Empresas Sociales del Estado enfrentan hoy en día importantes retos como lo es el disponer de los recursos necesarios para su funcionamiento potencializando su capacidad de ofertar servicios. Lo anterior hace necesario que éstas puedan disponer de un régimen laboral que, respetando los derechos adquiridos de los servidores y propiciando condiciones dignas de trabajo y el adecuado bienestar social de los Servidores Públicos, permita la vinculación a estos entes públicos en condiciones particulares teniendo en cuenta la caracterización propia de los bienes y servicios que se encuentra en capacidad de producir y el personal requerido para ello.*

Por lo anterior, se solicita al Honorable Congreso de la República se faculte la expedición de Decretos con fuerza de ley que contengan la clasificación de empleos, el procedimiento para su vinculación y retiro y, en general el régimen laboral para los servidores que prestan sus servicios

ya una oportunidad clave para incorporar también dentro de estas facultades la definición y el alcance del régimen contractual de estas entidades.

No obstante lo anterior, constituye un imperativo para los interesados en este tema seguir muy atentos el trámite congresional de esta iniciativa legislativa, pues en el desarrollo del mismo se pueden llegar a incorporar múltiples disposiciones o presentarse otros proyectos de ley de iniciativa parlamentaria que se acumularían entonces, los cuales pueden modificar, complementar o incluso contrariar la finalidad y el contenido del proyecto de ley inicialmente presentado.

2. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL RÉGÍMEN CONTRACTUAL DE LAS ESES

2.1 Planteamiento

Tal y como se ha señalado ya en varias ocasiones en la presente investigación, en materia contractual las ESES se rigen por el Derecho Privado, pero pueden discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.[598]

Una interpretación inicial y exegética de estos preceptos normativos indica que el régimen contractual sería exclusivamente de Derecho Privado, salvo que las partes decidan introducir cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, consideramos que el asunto no es para nada sencillo, pues a partir de estos supuestos normativos que establecen el régimen especial de las ESES y de los temas hasta aquí analizados en la investigación, surgen varios interrogantes que deben ser planteados, a saber: La observancia de los principios constitucionales a que hace referencia el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 incluye otros principios diferentes a los establecidos en los artículo 209 y 267 y los principios específicos de la contratación estatal?; Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las ESES deben tener en cuenta las normas del Estatuto Contractual que desarrollan y concretan dichos

---

*en las Empresas Sociales del Estado de nivel nacional y territorial, con el propósito de garantizar la calidad y eficiencia en la prestación del servicio público de salud y hacer sostenibles las Empresas Sociales del Estado…"*Exposición de motivos. Proyecto de Ley No. 210 de 2013 Senado…Ibídem

[598] Esta disposición normativa que establece el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, es ratificada por el artículo 16° del decreto reglamentario 1876 de 1994:
"…ARTÍCULO 16º.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS. A partir de la fecha de creación de una Empresa Social del Estado, se aplicará en materia de contratación las normas del Derecho Privado, sujetándose a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas sobre la materia. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 98 del Decreto-ley 1298 de 1994, las Empresas Sociales del Estado podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
Parágrafo. En el evento en el que se encuentren contratos en ejecución en el momento de transformación de una entidad en Empresa social del Estado, esto continuarán rigiéndose hasta su terminación, por las normas vigentes en el momento de su celebración…"

principios? Subsiste la distinción tradicional estudiada: Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración, al tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 dispone que el régimen aplicable a las ESES corresponde al Derecho Privado, salvo si deciden incorporar cláusulas exorbitantes propias del Estatuto Contractual?; Cuando estas entidades deciden incorporar dichas cláusulas sólo se aplican las normas del Estatuto Contractual que tratan este tema en específico o también se deben aplicar aquellas que se refieren por ejemplo a los procesos de selección?; Dicha incorporación define la jurisdicción competente en materia de controversias que se originen en la actividad contractual?; Dicha incorporación se refiere a las cláusulas exorbitantes en conjunto o se puede referir a sólo una o a algunas? Dicha incorporación incluye las multas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que introdujo expresamente el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y los demás poderes exorbitantes que se establecen a lo largo del Estatuto Contractual?; La tipología contractual que se adopte tiene incidencia en el régimen jurídico aplicable?; y finalmente, qué margen real de autonomía contractual le otorga la aplicación del Derecho Privado establecida por el legislador a estas entidades?

Para abordar los aspectos que delimitan estos cuestionamientos, es necesario examinar los rasgos característicos del régimen contractual que en la práctica tienden a la aplicación preponderantemente del Derecho Público, así como también aquellos que se encaminan por una aplicación prevalente del Derecho Privado, pues a partir de estas dos órbitas se pueden obtener algunos elementos de mucha utilidad para que sean tenidos en cuenta por las ESES en la elaboración o actualización de sus respectivos manuales internos de contratación.

2.1.1 Principales rasgos característicos de la aplicación prevalente del Derecho Público[599]

2.1.1.1 En cuanto a la incorporación de principios que rigen la función administrativa

Se incorporan varios principios, por ejemplo los establecidos en el artículo 209 de la Constitución y otros contenidos en otros artículos de la Carta Política. Sin embargo, no se tienen en cuenta otros principios que de igual forma rigen la función administrativa (vgr, legalidad, prevalencia del interés general, debido proceso, confianza legítima). Del mismo modo, no se incluyen, rigurosamente, los principios constitucionales de la gestión fiscal establecidos en el artículo 267 constitucional de obligatoria observancia en este régimen.

[599] A título de referencia para observar algunos de los rasgos aquí señalados, recomendamos ver el Manual de Contratación del HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER -Empresa Social del Estado-, expedido por la Junta Directiva por medio de Acuerdo 010 del 13 de octubre de 2009, el cual se anexa físicamente a esta investigación (ANEXO 1). También disponible en: http://www.hus.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=140&Itemid=110.

Así mismo, los principios particulares de la contratación estatal (selección objetiva, economía, responsabilidad, transparencia, libertad de concurrentes e igualdad de oferentes) consideramos pertinente incorporarlos aclarando que su aplicación se realizará siempre y cuando no se opongan a las normas que en aplicación al Derecho Privado se establecen en los manuales. Con ello, se evitaría que estos principios se consagren en los manuales replicando las reglas del Estatuto Contractual que los concretan y materializan, con la consecuente confusión que ello genera.

Como fue señalado previamente en esta investigación, los principios son un instrumento importante en el ejercicio de la actividad contractual del Estado. El desarrollo de esta actividad por parte de las ESES no escapa a su aplicación, tal y como lo establece el plurimentado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, así "estrictu sensu" excedamos la lista de aquellos consagrados en el artículo 209 y 267 de la Constitución Política.

Los principios que rigen la función administrativa, dentro de la cual encontramos desde luego la actividad contractual del Estado, son la parte más importante de los Manuales de Contratación. Se constituyen en la guía fundamental de la entidad, introduciendo un marco de referencia para tener en cuenta en la elaboración y aplicación de estas disposiciones internas. Propositivamente, hemos señalado en el capítulo anterior los principios que rigen de manera común el ejercicio precontractual, contractual y postcontractual de las entidades públicas, en los cuales incluimos los principios propios del Estatuto Contractual.

Este aspecto de los manuales de contratación conlleva una labor reflexiva y juiciosa por parte de la entidad, pues la consagración de los principios permite conocer cuáles son, cuál es su alcance, qué implicaciones tienen sobre el proceso contractual y cuáles son las normas dentro del respectivo manual que van a permitir su aplicación y correspondiente protección. Los principios se instituyen como la razonable ponderación entre el Derecho Privado que las rige y el Derecho Público que se les aplica por el hecho de ser entidades del Estado.

Sin embargo, siguiendo la intención del legislador al dotar a estas entidades de un régimen contractual acorde con el ejercicio propio de sus funciones, no consideramos coherente ni apropiado que las ESES en sus manuales de contratación, en caso de que decidan adoptarlo en sus actividades contractuales[600], deban replicar las normas contenidas en el Estatuto Contractual y

[600]Según el profesor SANTOFIMIO GAMBOA, estudiando el tema de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como entidades exceptuadas del Estatuto Contractual (reflexiones perfectamente aplicables también al régimen de las Empresas Sociales del Estado), considera que frente a la aplicación simultánea de normas de derecho privado y de los principios de que trata el artículo 13° de la Ley 1150 de 2007, estas entidades pueden, en primer lugar, aplicar de manera directa el capítulo III del libro cuarto del Código de Comercio, el cual contiene las normas que determinan el proceso previo de selección de contratistas en materia comercial, constituyéndose el texto de la oferta o propuesta de negocio los elementos esenciales, naturales y accidentales necesarios para el negocio a celebrar, al igual que se daría aplicación efectiva a la aplicación de

en sus decretos reglamentarios, so pretexto de aplicar los principios constitucionales que a su vez constituyen el fundamento esencial de los principios que rigen la contratación estatal y que están consagrados y desarrollados normativamente en dicho estatuto.

La aplicación de estos principios debe orientar el ejercicio contractual de estas entidades, resaltando en todo momento, el correcto y eficiente uso de los recursos públicos evitando prácticas contractuales arbitrarias y contrarias al interés general, pero de ningún modo puede significar la obligatoriedad de aplicación de los preceptos normativos de la Ley , pues haría nugatoria la intención del legislador plasmada en la Ley 100 de 1993 de posibilitar a las ESES la prestación de los servicios de salud en un modelo de competencia de mercado propio del Sistema de Seguridad Social en Salud vigente.[601]

Para dar aplicación a los principios consagrados en el mencionado artículo 209 constitucional (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad) y a los otros que también rigen la función administrativa y la contratación pública, tal y como lo señalamos anteriormente (legalidad igualdad, debido proceso, buena fe, responsabilidad, prevalencia del derecho sustancial, interés público, entre otros), estas entidades deben diseñar un manual de contratación en el cual se materialicen las modalidades de selección del contratista, las obligaciones por parte de los contratantes, las formas de publicidad de los actos que desarrollen la actividad contractual, los mecanismos con que cuentan los contratistas para asegurar el equilibrio económico del contrato, el

---

los principios constitucionales del artículo 13°. En segundo lugar, la opción y no exigencia, de definir en un estatuto, manual o normatividad interna, los mecanismos por medio de los cuales se garantice la aplicación del derecho comercial y de los postulados del citado mencionado artículo 13°. Ver: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual. Ley 1150 de 2007. Compiladores: BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Universidad Externado de Colombia, 2009. Páginas 35 y 37.

[601]Al respecto el profesor SÁNCHEZ CERÓN afirma que: "…No habría tal igualdad de condiciones, si la empresa social del Estado – ESE- o la Universidad, para seleccionar al contratista que construirá la nueva sede tiene que tardarse tres o cuatro meses, cuando en ese mismo plazo su competencia privada ya la ha culminado y seguramente la tendrá funcionando.
Cuando se habla de competir con el sector privado, se habla de utilizar sus mismas o mejores estrategias de operación, de contar con los mismos plazos de planificación y de poder utilizar el elemento humano dentro de los términos y oportunidades.
No es posible, en un escenario de competencia, que mientras las empresa privada dedica 40 horas hombre – una semana – en el proceso de seleccionar a quien le suministrará la papelería y aprovecha el tiempo restante para que ese personal se dedique a las actividades comerciales de la compañía, la empresa pública gasta mínimo dos meses con personal ocupado en esos menesteres, generando costos y evitando que la alta gerencia o la dirección, lo utilice en actividades propias del objeto social que repercutan en una mejor oferta de servicios.
La igualdad de condiciones debe reflejarse en los tiempos y costos en que tanto la empresa pública como la privada dedican a planear los diferentes procesos internos con el objetivo de satisfacer las necesidades de sus clientes, de lo contrario, es solo un remedio de igualdad…"SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe. Cómo violar las normas de contratación estatal. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá D.C, 2007. Página 146

contenido de las convocatorias, pliegos de condiciones o documentos que se asimilen a estos, los términos de las diversas etapas contractuales, etc. Todo dirigido a evitar, como ya se afirmó anteriormente, prácticas contractuales arbitrarias y contrarias al interés general, que pueden tener como modelo los referentes normativos del Estatuto Contractual pero adaptados a las especiales necesidades de este tipo de entidades públicas. De este modo, también se cumpliría con la intención de la Ley 1150 que no fue otra distinta a reforzar las herramientas de control al uso de los recursos públicos aunque algunas entidades estatales se rijan por normas de Derecho Privado.

Ahora bien, es preciso señalar que el Derecho Privado no puede ser identificado como un ordenamiento permisivo a las prácticas corruptas, ni mucho menos catalogado como un derecho ausente de controles. Además, la propia contratación privada ha introducido principios que buscan la transparencia y efectividad de la gestión contractual[602].

A guisa de ejemplo, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995[603]expresamente establece lo siguiente:

"ARTICULO 23. *DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.* ***Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios****. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*
En el cumplimiento de su función los administradores deberán:
1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la Revisoría Fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.
Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.
En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuera socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad" (negrita y subraya fuera de texto)

Tampoco se puede soslayar que, importantes principios aplicados por el Derecho Público, tales como la noción de orden público, el interés general, el abuso del

[602]Ver LAFONT PIANETTA, Pedro. Manual de Contratos. Tomo I, Segunda edición. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Páginas 198-200
[603]Ley 222 de 1995 "Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones"

derecho, el enriquecimiento sin causa y el deber de buena fe tienen su origen en el Derecho Privado[604].

2.1.1.2 En cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto Contractual

Tal y como lo señalamos al estudiar el régimen común de los contratos que celebran las entidades públicas, resulta imperativo incorporar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto Contractual, en virtud del mandato expreso del, una vez más mencionado, artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Así mismo, se debe resaltar que la aplicación de este régimen constituye una forma de concretar la observancia de los principios de moralidad, imparcialidad, igualdad de oferentes y prevalencia del interés general.

2.1.1.3 La presencia de las cláusulas exorbitantes en los contratos conlleva la aplicación integral del régimen establecido por el Estatuto Contractual

Esta posición resulta bastante interesante, pues podría pensarse que en el fondo la adopción del criterio de las cláusulas exorbitantes diferenciaría el régimen finalmente aplicable, a la usanza de la teoría tradicional de la contratación pública descrita con suficiencia en el primer capítulo de la presente investigación, a partir de lo cual, los contratos celebrados por las ESES podrían ser administrativos o de Derecho Privado de la administración.

Ello no correspondería, como primera medida, a la intención del legislador en la Ley 80 de 1993[605], según la cual cualquier entidad de las contenidas en el artículo 2°[606] de dicho compendio normativo, cuando celebra contratos, éstos se

---

[604]ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. "La constitucionalización del derecho privado de los contratos" página 64. En: Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate. ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Editoras). Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas-Biblioteca Jurídica DIKE, 2008.

[605]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:..

[606]Ley 80 de 1993.ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:
1o. Se denominan entidades estatales:
a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.
b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías

denominan estatales. Si bien es cierto este artículo no incluye expresamente a las ESES, este tipo de entidades si se entenderían incorporadas cuando en su parte final esta norma se refiere a "…y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos…"

Sin embargo, se podría argumentar que no resulta coherente aplicar la Ley 80 de 1993 para determinar la categoría contractual de una entidad no sujeta a este compendio normativo, es decir, la calificación de contrato estatal sólo corresponde a los actos jurídicos celebrados por aquellas entidades que aplican el Estatuto Contractual[607].

---

departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos…

[607] Esta posición es sostenida por la Consejera de Estado Myriam Guerrero de Escobar, quien en una aclaración de voto sostuvo lo siguiente:

"…La sentencia, en criterio del que disiento, parte del supuesto de que contrato estatal no es solo aquel celebrado al amparo del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, sino que lo es cualquier contrato celebrado por una entidad estatal con independencia del régimen de derecho que se le aplique, es decir, que son estatales tanto aquellos regidos por la ley 80 de 1.993, como aquellos celebrados bajo el amparo de normas de derecho privado.

Entiendo que precisamente frente a las conclusión de que los contratos son de derecho privado, y por tanto no se les aplica el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, mal puede deducirse que son contratos estatales.

Tal conclusión no la encuentro ajustada al contenido del Estatuto de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993, el cual sólo es aplicable a los actos jurídicos generadores de obligaciones que se celebren por una de las entidades a que se refiere ese estatuto[607], *contrario sensu*, los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por otras entidades, así sean estatales, diferentes a aquellas a que se refiere la normativa en el artículo 2º, no están comprendidos dentro de su ámbito de regulación y mal puede aplicarse alguna de sus normas.

En este orden de ideas, entiendo por contrato estatal, sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993, esto es, aquellos negocios jurídicos que en los términos de los artículos 32 y 2 *ibídem*, son celebrados de una parte, por una entidad de aquéllas a que se refiere el estatuto, a menos que haya sido expresamente excluida de su aplicación por norma con fuerza de ley.

En efecto la noción de contrato estatal fue definida legislativamente por el artículo 32 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, en los siguientes términos:

"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: …"

La definición se estructura sobre la noción de que el negocio jurídico sea celebrado por una entidad de aquéllas a que se refiere el estatuto, es decir que las entidades que no están cobijadas por ese estatuto, con independencia de que sean o no estatales, no celebran contratos estatales.

Y ello fue precisamente lo que sucedió con los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, que por disposición del artículo 195-6 de la Ley 100 de 1993, no se les aplica el estatuto de contratación de la administración pública.

En efecto, dispuso esa norma:

"ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

Al respecto cabe resaltar que, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido uniforme en la denominación de los contratos celebrados por las entidades exceptuadas del Estatuto Contractual y en particular de aquellos celebrados por las ESES.

En efecto, por un lado ha precisado que en realidad la categoría de contrato estatal es genérica, en razón a que existen contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 y por contratos estatales sujetos a regímenes excepcionales por las entidades no sujetas al Estatuto Contractual.[608]Así mismo, en similar posición los ha clasificado en contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993, y en contratos con regímenes especiales regidos por leyes diferentes de este Estatuto[609].Particularmente frente aquellos celebrados por las ESES, les ha

---

"6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública."

De lo anterior se sigue que si el contrato estatal está definido para las entidades a que se refiere el estatuto de contratación de la administración pública y a los contratos que celebran las Empresas Sociales del Estado no se les aplica ese estatuto, mal puede concluirse que los contratos celebrados por éstas, estén comprendidos en la categoría de estatales regulados por la ley 80 de 1993…"CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMIISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C.P MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Aclaración de voto a la sentencia del 22 de abril de 2009. Ref. Radicado No.: 11001032600020080073 00.

608*"…De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría "contratos estatales" no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:*

1º Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.

2º Contratos estatales especiales.

*Una interpretación sistemática de las disposiciones aludidas, conduce a la Sala a determinar que los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, para cumplir con la finalidad estatal de la prestación del servicio público de salud, si bien en su forma y celebración se sujetan a las disposiciones del derecho privado, no por ello dejan de ser contratos de la administración pública, tanto así que está prevista la inclusión de las cláusulas exorbitantes, que sólo son propias de la contratación estatal y, por lo tanto, el conocimiento de las controversias que puedan surgir del desarrollo de los mismos, corresponde por lo menos en lo que al desarrollo de tales cláusulas se refiere, de manera exclusiva a la jurisdicción de lo contencioso administrativo…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ. Sentencia del 20 de agosto de 1998. Radicación número: 14202

609*"…El efecto unificador de todos los contratos estatales bajo un mismo régimen se ha desdibujado, pues en la misma ley 80 de 1993 se consagraron algunas excepciones a su aplicación[609], permitiendo que en la realidad hubiera unos contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y otros por normas diferentes. Bajo esta perspectiva, hay contratos estatales, que son los regidos por la ley 80 de 1993, y contratos con regímenes especiales regidos por leyes diferentes de este Estatuto, que vienen a ser especiales por oposición a la regla general que es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO Y LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO. Concepto del 19 de

otorgado expresamente la naturaleza de contrato estatal,[610]los ha considerado contratos de la administración pública[611]y también como contratos estatales regidos por el Derecho Privado[612].

Adicionalmente, es preciso recordar que en virtud de la Ley 1150 de 2007 estos contratos quedarían incorporados dentro de la categoría general de contratos con recursos públicos.

En este orden de ideas, los contratos celebrados por las ESES pueden llegar a considerarse como contratos estatales, contratos estatales especiales, contratos especiales, contratos estatales regidos por el Derecho Privado o contratos con recursos públicos, pero no Contratos Administrativos o de Derecho Privado de la Administración a la usanza de la teoría clásica derogada por el Estatuto Contractual de 1993, en la medida en que se decida incorporar o no cláusulas exorbitantes.

Particularmente, consideramos que dichos contratos son estatales porque la denominación contractual de las entidades públicas que existe actualmente es la de contrato estatal, aún en los casos en que dichos contratos sean celebrados por entidades que no aplican el Estatuto Contractual. Se reitera, la Ley 80 de 1993 derogó la diferenciación entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, por lo no habría razón en aplicar la otrora dicotomía contractual teniendo en cuenta la incorporación o no de cláusulas exorbitantes, por corresponder a una categoría contractual legalmente inexistente.

No obstante lo anterior, aunque con la Ley 80 de 1993 se haya avanzado a una nueva categoría de denominación contractual pública, no podemos desconocer que al tener vigencia los entonces criterios diferenciadores, propios de la teoría clásica del contrato administrativo de derecho francés, cual es en este caso, la

---

junio 2008. Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887)

610 *"No obstante que los contratos de las empresas sociales del Estado se rigen por las normas del derecho privado, en tanto estas constituyen entidades estatales sus contratos tienen esa misma naturaleza…"* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Auto de 5 de abril de 2001.

611 *"…Una interpretación sistemática de las disposiciones aludidas, conduce a la Sala a determinar que los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, para cumplir con la finalidad estatal de la prestación del servicio público de salud, si bien en su forma y celebración se sujetan a las disposiciones del derecho privado, no por ello dejan de ser contratos de la administración pública…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR. Sentencia del 31 de agosto de 2000. Radicación número: 17903

612 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004)

estipulación de las llamadas cláusulas exorbitantes[613], también es razonable discutir la vigencia la famosa dicotomía contractual de la Administración Pública.

Superado el anterior interrogante, vale decir entonces que si las ESES no introducen cláusulas exorbitantes, sus contratos se regirán prevalentemente por el Derecho Privado, sin desconocer la aplicación de los principios que rigen la función administrativa. En caso contrario, si deciden incorporar estas prerrogativas públicas deben aplicar solamente las normas pertinentes contenidas en la Ley 80 de 1993, sus leyes modificatorias y sus decretos reglamentarios.

Según nuestro criterio, cuando las ESES deciden incorporar cláusulas exorbitantes a sus contratos, se deben aplicar las normas del Estatuto Contractual que desarrollan estas instituciones, resaltando adicionalmente que, la discrecionalidad otorgada en el citado artículo 195 de la Ley 100 de 1993, se refiere única y exclusivamente a la decisión de incorporar o no incorporar el régimen de cláusulas exorbitantes establecido en el Estatuto Contractual. Dicha discrecionalidad entonces no se puede extender al desarrollo concreto de las cláusulas exorbitantes como tal, porque éstas están reguladas integralmente por aquel compendio normativo. No podrían entonces aplicar sólo una o algunas, o modificar, reducir o ampliar su esfera de acción y aplicación, porque se insiste, en esta órbita ya opera el carácter reglado y excepcional[614] que impera en las normas del Estatuto Contractual, y que resulta de obligatorio cumplimiento cuando las ESES deciden discrecionalmente incorporar dichas cláusulas a su actividad contractual. Recordemos que ya en esta investigación al analizar el principio de legalidad, señalamos que es el propio ordenamiento jurídico quien faculta a la Administración para desplegar las prerrogativas públicas y al mismo tiempo es quien delimita su aplicación al establecer las reglas que condicionan su respectivo ejercicio.[615]

---

[613] VIDAL PERDOMO, Jaime. La evolución del Derecho Administrativo Colombiano durante el siglo XX. En Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en Homenaje al Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. Ediciones Paredes Tomo 1. Página 27

[614] *"…En la exposición de motivos del estatuto contractual de 1993 se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular.*
*La exposición califica como excepcionales las circunstancias que generan el ejercicio de las cláusulas exorbitantes. Anota que los motivos aducidos por la entidad para ejercerlas deben ser graves, ya que no cualquier hecho puede provocarla pues son inescindibles al interés público, sin que se pueda desconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, traducida en la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual…"*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. C.P: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Sentencia del 6) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483)

[615] Ver páginas 118-120

La aplicación del régimen de Derecho Privado y la "discrecionalidad" de que trata el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, no se puede interpretar como una patente de corso para que las ESES, por ejemplo, creen nuevas causales de procedencia de las cláusulas, o nuevas cláusulas que reúnan características variadas de las cláusulas ya existentes, o las apliquen en los contratos y situaciones que ellas autónomamente determinen[616]. Sólo de esta forma se respetaría la garantía de legalidad de la sanción que, como ya se explicó en esta investigación, forma parte a su vez del principio del debido proceso[617].

En suma, cuando las ESES decidan incorporar las cláusulas exorbitantes siempre deben tener en cuenta la remisión normativa al Estatuto Contractual en esa parte específica[618]. Empero, por este sólo hecho, no sería obligatoria la aplicación de la

---

[616]La jurisprudencia ha resaltado la sujeción estricta de la procedencia de las cláusulas a lo establecido en la ley:

"…Así pues, es sabido que una de las más trascendentales modificaciones introducidas por la Ley 80 de 1993 fue la eliminación de la dicotomía que se viene de referir, con la pretensión de unificar en una sola categoría –la de los contratos estatales, prevista en el inciso primero del artículo 32 de dicho cuerpo normativo[616]– a todos los contratos del Estado, de suerte que las estipulaciones de los contratos serán –en el régimen de 1993– las que de acuerdo con el derecho civil y comercial y con las propias de la Ley 80 misma, correspondan a la esencia y a la naturaleza del negocio, dejándose a las partes la libertad de celebrar los acuerdos e incluir las estipulaciones que posibilite la autonomía de la voluntad y que se requieran para el cumplimiento de los fines del Estado, siempre que tales acuerdos y estipulaciones no resulten contrarios al ordenamiento jurídico en su conjunto –artículo 40 *ibídem–.*

Con este punto de partida, naturalmente la regulación del manejo de las potestades excepcionales que podrán ejercer las entidades estatales en su actividad contractual también evidencia un giro fundamental y, así, se advierte claramente la intención del Legislador de 1993 consistente en detallar, de manera más clara y exhaustiva que la contenida en la normatividad de 1983, aquellos supuestos en los cuales la entidad contratante vendrá obligada a pactar las cláusulas excepcionales al derecho común –terminación, interpretación y modificación unilaterales, sometimiento a las leyes nacionales y caducidad[616]–, distinguiéndolos de aquellos eventos en los cuales dicho pacto no constituye un mandato imperativo sino una facultad y de aquellos otros en los cuales tales estipulaciones quedan terminantemente prohibidas —grupo de eventos a los cuales habría que adicionar, en cuarto término, el integrado por los contratos no mencionados de forma expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993…CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493)

[617] Analizando la vigencia y alcance, en materia contractual, de la garantía del debido proceso administrativo sobre el derecho a "no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa", el Consejo de Estado señaló lo siguiente: "…En relación con los contratos regidos por las leyes 80 y 1.150 se observa que algunas sanciones, medidas represivas y limitaciones a la libertad de actuación contractual, tienen este mismo nivel de exigencia en cuanto a la legalidad, es decir, que la ley señala las conductas prohibidas durante la ejecución de la relación negocial, tal es el caso de la caducidad, la terminación unilateral, la modificación unilateral, la reversión, la liquidación unilateral y la declaración de un siniestro, en cuyo evento la ley define –no lo puede hacer otra norma- los supuestos fácticos y jurídicos que posibilitan ejercer esos poderes, por ende, no se le permite a la administración modificar los supuestos fácticos que le autorizan ejercer los poderes públicos mencionados…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

[618] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación número 1263.

totalidad del compendio normativo contractual, lo cual incluiría también otras instituciones o aspectos relevantes, por ejemplo, las disposiciones referentes a los procesos de selección,[619]excluyendo totalmente el régimen de Derecho Privado que quiso establecer el legislador para estas entidades en particular.

Lo que sí implica consecuentemente la incorporación de cláusulas exorbitantes al régimen contractual excepcional de estas entidades, es la inclusión de las correspondientes normas del Estatuto que regulan el uso de estas prerrogativas y, desde luego, de las garantías que detentan correlativamente los contratistas, pues de lo contrario, resultaría violatorio a todas luces de los principios de la función administrativa y de la actividad contractual, particularmente de los principios de legalidad de la sanción como garantía del debido proceso, de buena fe, del equilibrio económico del contrato y, por supuesto, del principio de prevalencia del interés general.

Frente a esto último, vale recordar que las cláusulas exorbitantes encuentran su teleología en la consecución efectiva de la satisfacción del interés general, que es la finalidad de cualquier actuación administrativa.[620]

El régimen de Derecho Privado que se aplica a estas entidades, según lo ha entendido el Consejo de Estado[621] inclusive con mucha anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, implica la observancia de los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 constitucional y en los artículos 2° y 3° del Código Contencioso Administrativo.

Así mismo, según el pronunciamiento citado, a partir de dichos preceptos normativos resulta de obligatoria aplicación:

"…los principios universales - asociados al interés general -, contenidos en la ley 80 de 1993 y relacionados con los fines de la contratación estatal (art. 3°), con los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas (arts .4° y 5°), la capacidad (6°), así no estuvieran vertidos en mandatos legales, deben presidir la contratación en las empresas mencionadas, pues son postulados que tocan con la moralidad, la continuidad y prestación eficiente de los servicios públicos, y con la garantía de los derechos de los administrados-usuarios."

De lo anterior se concluye que, incorporando o no las cláusulas exorbitantes, las Empresas Sociales del Estado deben observar la aplicación del principio de

---

[619] Recordemos que según el profesor ESCOBAR GIL, los aspectos particulares que ameritan un tratamiento normativo especial para los contratos que celebran las entidades estatales son: i) La competencia y los procedimientos de celebración y formalización del contrato; ii) El otorgamiento de privilegios y potestades públicas a la Administración, y finalmente iii) La equivalencia económica de las prestaciones recíprocas. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Reimpresión 2003. Página 57

[620] Ver páginas 122-123

[621] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación número 1263.

prevalencia del interés general, el cual adquiere mayor fuerza normativa cuando estas entidades deciden incorporarlas, porque como ya se ha dicho, estas cláusulas encuentran su teleología en la consecución efectiva de la satisfacción del interés general.

En efecto, las entidades a través de la contratación estatal, según lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 80 de 1993:

"…buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines" y, precisamente, el artículo 14° señala a su vez que las entidades estatales al celebrar un contrato: *"Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán (...) interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado…"*(subraya fuera de texto)

De lo anterior, se desprende que la facultad de pactar y hacer efectivas las cláusulas exorbitantes constituye una prerrogativa en favor de la Administración Pública, con ocasión de los deberes que le impone la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, porque a través de la contratación estatal se busca el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos[622]. Cualquier finalidad distinta a la recién señalada se configuraría como una desviación de poder.[623]

Por ello insistimos, es indispensable que cuando las ESES decidan incorporar la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes, del mismo modo deben hacer referencia y aplicar los fundamentos legales del Estatuto Contractual que integralmente estructuran estas prerrogativas, como lo son las normas arriba

---

[622] *"…Al hablar de "disposiciones extrañas a la contratación particular", se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos interés y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo "determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles"…"* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000.MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

[623] *…Sin que haya lugar a recurrir al ordinal 8° del artículo 24 de la ley 80, es evidente que, en los procesos de contratación de estas empresas, no se podrá actuar con desviación de poder y que las competencias se ejercerán "exclusivamente para los fines previstos en la ley", pues ello emana de los principios contenidos en los artículos 121 y 209 constitucionales y 2° y 3° del C.C.A…"* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación número 1263.

citadas que establecen los fines de la contratación estatal, los derechos y deberes de la entidad y de los contratistas y, por supuesto, aquellas que consagran y desarrollan estas cláusulas, para así garantizar el respeto del mencionado principio de legalidad de los procedimientos sancionatorios y no sancionatorios de la Administración, que forma parte a su vez del principio del debido proceso[624].

Así mismo como ya lo señalamos anteriormente, se debe tener en cuenta que el ejercicio de estas prerrogativas implica la observancia y el respeto de otros principios como la buena fe y el equilibrio económico del contrato, que sin lugar a dudas también se constituyen como límites, junto con el debido proceso arriba señalado[625], del ejercicio de las cláusulas exorbitantes.

---

[624] Analizando la vigencia y alcance, en materia contractual, de la garantía del debido proceso administrativo sobre el derecho a "no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa", el Consejo de Estado señaló lo siguiente: "…En relación con los contratos regidos por las leyes 80 y 1.150 se observa que algunas sanciones, medidas represivas y limitaciones a la libertad de actuación contractual, tienen este mismo nivel de exigencia en cuanto a la legalidad, es decir, que la ley señala las conductas prohibidas durante la ejecución de la relación negocial, tal es el caso de la caducidad, la terminación unilateral, la modificación unilateral, la reversión, la liquidación unilateral y la declaración de un siniestro, en cuyo evento la ley define –no lo puede hacer otra norma- los supuestos fácticos y jurídicos que posibilitan ejercer esos poderes, por ende, no se le permite a la administración modificar los supuestos fácticos que le autorizan ejercer los poderes públicos mencionados.CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

[625] Para apreciar el alcance del debido proceso en materia de ejercicio de cláusulas exorbitantes, adicionalmente a la aplicación de la garantía sobre el derecho a "no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa" referenciada antes, cabe señalar que la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, incorpora el procedimiento que las entidades deben acatar para efectos de imponer sanciones, lo cual incluye obviamente a la caducidad.

ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.

A su turno, en relación con el principio de la buena fe, el profesor ESCOBAR GIL[626] señala que se desconoce la aplicación de este principio en ejercicio de las cláusulas exorbitantes cuando: i) (en cuanto al sujeto) no se tenga en cuenta circunstancias de inferioridad del contratista tales como la enfermedad, siempre y cuando dichas circunstancias sean conocidas por la entidad, no conlleven la imposibilidad del cumplir con las obligaciones contractuales y que su ejercicio no sea imperativo para el interés público; ii) (en cuento al objeto) la entidad aplica una medida que resulta contraria a la conducta leal del contratista, teniendo la posibilidad de optar por diversas medidas para el caso concreto. Es el caso de una declaratoria de caducidad cuando imponiendo una multa se hubiera logrado evitar la paralización del servicio público, y iii) (en cuanto al tiempo) la entidad ejerce las potestades exorbitantes prematura o tardíamente. En el primer caso sería cuando al primer incumplimiento se declare la caducidad y, en el segundo, si la entidades ejerce las potestades por fuera del plazo de ejecución del contrato, cuando ya no tendría sentido su imposición.

Por su parte, en relación con el principio del equilibrio económico del contrato, el propio artículo 14° de la Ley 80 de 1993, al consagrar las cláusulas exorbitantes establece esta obligación para la entidad.

"…Artículo 14º.- *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual**.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*
1o…
En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial…" (subraya fuera de texto)

Así, los contratistas podrían exigir de la administración la indemnización correspondiente por haber sufrido un daño antijurídico no imputable a sí mismo, y con ocasión del ejercicio de dichas cláusulas por parte de la entidad estatal.

Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;
d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

[626]ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Reimpresión 2003. Página 306-309

Recordemos adicionalmente que, tal y como lo señalamos en esta investigación, al estudiar el alcance del principio del equilibrio económico del contrato, el Estatuto Contractual define expresamente este principio en su artículo 27 de la siguiente forma:

…ARTÍCULO 27º.-De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento…

Así mismo, los siguientes artículos establecen que:

"ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:
…3o. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato…"
"ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:
1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.
En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato…"

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que:

"…El equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato por razones tales como actos o hechos de la administración contratante, en cuyo grupo puede ubicarse el uso de los poderes exorbitantes de la administración - modificación, interpretación y terminación unilateral - y el incumplimiento de ésta. También lo puede ser por actos de la administración como Estado y es aquí donde recobra aplicación la teoría conocida como "el hecho del príncipe", según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en perjuicio del contratista, debe ésta restablecerse. Y en un tercer evento lo puede ser por factores exógenos a las partes del negocio…"[627](subraya fuera de texto)

Resulta de mucha utilidad traer a colación lo apostillado por uno de los máximos exponentes del Derecho Administrativo, el profesor GEORGE VEDEL[628], en relación con este tema:

---

[627] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 15 de febrero 1999. Radicación número: 11194

[628] VEDEL, George. Derecho Administrativo. Biblioteca Jurídica Aguilar Página 205

"…La contextura general del régimen de los contratos administrativos se expresa por medio de estas nociones:
-la existencia, por parte de la Administración, del derecho a prerrogativas exorbitantes del Derecho común de los contratos;
- el derecho del co-contratante al respeto del equilibrio financiero…"

En caso de no observar los límites del ejercicio de las cláusulas exorbitantes señalado, se desconocerían los principios que sirven de garantía a los contratistas que colaboran con las entidades estatales en la satisfacción del interés general. Sería totalmente ajeno y lesivo para el Estado Social de Derecho, que estas entidades sólo apliquen los derechos que rodean dichas prerrogativas, sin ni siquiera hacer mención de los correlativos deberes que le impone su pacto y ejercicio. Piénsese, por ejemplo, en el evento en que una ESE imponga la cláusula de caducidad sin que los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que puede conducir a su paralización, o en el caso en que el acto administrativo de caducidad no fuere motivado. El derivado daño antijurídico sobre el patrimonio del contratista debería ser indemnizado, al terminarle unilateralmente el contrato y, de contera, impedirle contratar con el Estado durante cinco (5) años, como consecuencia de la inhabilidad que produce esta sanción.

2.1.1.4 La incorporación de cláusulas exorbitantes determina la competencia de la jurisdicción contenciosa sobre los contratos celebrados por las ESES

Podría considerarse que la incorporación de las denominadas cláusulas exorbitantes define la jurisdicción competente para dirimir los conflictos que a través de la actividad contractual de las ESES se lleguen a presentar. No obstante, es preciso señalar que la jurisdicción competente en materia de contratación de las ESES, según las voces del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es la Contenciosa Administrativa. En efecto, según lo dispuesto por el numeral 2° del artículo 104,[629] esta jurisdicción conoce de las controversias o litigios originados en los contratos que celebren las entidades públicas, independientemente del régimen jurídico aplicable. Al ser las ESES entidades públicas quedan entonces incluidas en este grupo.

[629] Ley 1437 de 2011. Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.
Igualmente conocerá de los siguientes procesos:
…2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado…

Así, las normas contencioso administrativas establecen el criterio orgánico para el caso de los contratos celebrados por las ESES, a diferencia de lo que se exceptuó frente al régimen de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, respecto de las cuales el criterio determinante, según lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 104[630], es la incorporación o la obligación de incorporar las correspondientes cláusulas exorbitantes, estableciéndose para estos efectos un criterio material[631].

2.1.1.5 La celebración de alguno de los contratos definidos por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 por parte de las ESES determina la aplicación integral del Estatuto Contractual

Finalmente, es preciso aclarar que según una posición sostenida por el Consejo de Estado[632]se pudo concluir en su momento que si la ESE celebra alguno de los contratos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el régimen jurídico aplicable sería el del Estatuto Contractual. Esta posición jurisprudencial fue recogida por BENAVIDES,[633] quien señala que lo manifestado por el Consejo de Estado consagra un criterio material y no orgánico como podría entenderse a partir de lo dispuesto por la Ley 100 de 1993. En ese sentido, existen entonces unos contratos típicamente estatales, definidos por el artículo 32 del Estatuto Contractual, sin tener en cuenta si estos son celebrados por una entidad que se rige por este régimen o se exceptúa de su aplicación, concluyendo entonces que un número significativo de los contratos que celebran las ESES se rigen por la Ley 80 de 1993.

Consideramos que esta posición no resulta coherente con la intención del legislador materializada en el Estatuto Contractual, cuando unificó la categoría contractual de los contratos celebrados por la Administración Pública. Por ello, no debe entenderse que los contratos señalados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 constituyen una lista taxativa de "contratos administrativos" a la usanza de lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 222 de 1983, pues esta normatividad sí

---

[630] Ley 1437 de 2011. Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.
Igualmente conocerá de los siguientes procesos:
…3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes…

[631] Para profundizar sobre los criterios adoptados por el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ver ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Segunda Edición Actualizada. Legis, 2012. Páginas 171 – 180

[632]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.C.P. JAVIER HENAO HIDRÓN. Concepto del 20 de agosto de 1998. Radicación número: 1127.

[633]BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal. Ente el Derecho Público y el Derecho Privado. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Páginas 56 y 57

incorporaba la teoría tradicional de los contratos de la Administración descrita ampliamente en la primera parte de esta investigación.

Afortunadamente, el Consejo de Estado[634] con posterioridad al citado concepto, modificó su posición aclarando que estas entidades cuando celebran contratos de los enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no se rigen por el Estatuto Contractual, conservando la regla general del régimen de Derecho Privado para estas entidades.[635]

Con todo, estimamos pertinente recordar que con ocasión de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, se extienden algunas de las exigencias propias del contrato de prestación de servicios profesionales establecido en el Estatuto Contractual[636] a las ESES, pues cuando una de estas entidades, en calidad de contratante, pretenda celebrar contratos de prestación de servicios de salud con terceros entre los cuales encontramos, por ejemplo, los contratos de prestación de servicios profesionales o los contratos de outsourcing, debe observar rigurosamente las reglas de selección objetiva que la

---

[634]"…La Sala reitera esta posición doctrinaria vertida en la Consulta N° 1.127, del 20 de agosto de 1998, según la cual :
"Por regla general, en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado". (Resalta la Sala)
Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado.
Con todo, que el estatuto contractual no se aplique sino en punto a las cláusulas excepcionales, conforme al numeral 6° del artículo 195 de la ley 100, no significa que los administradores y encargados de la contratación en las empresas en cuestión, puedan hacer caso omiso de los preceptos de los artículo 209 de la Constitución, 2° y 3° del C.C.A…" CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación número 1263.

[635]Sin embargo, resulta pertinente recordar que a partir de una posición jurisprudencial esbozada por la Corte Constitucional, las reglas correspondientes a los contratos de prestación de servicios profesionales son de obligatorio cumplimiento para las ESES cuando estas celebran este tipo de contratos. Al respecto ver páginas 211-212

[636]Ley 80 de 1993. Artículo 32. 3o. Contrato de prestación de servicios
Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.
En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.
Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:
4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:
…h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

Constitución y la ley han establecido respecto a esta tipología contractual,[637] en cuanto a la imposibilidad de contratar la prestación de servicios permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados.Se constituye entonces de esta manera como un imperativo, la aplicación del Derecho Público propio de la contratación estatal al régimen de Derecho Privado de las ESES.

2.1.1.6 La competencia para desarrollar la actividad contractual en las ESES corresponde al Gerente, quien en todo caso puede delegarla

Teniendo en cuenta el principio de legalidad que rige la función administrativa, y siendo la actividad contractual del Estado una de sus manifestaciones más importantes del ejercicio de dicha función, la facultad de obrar de cualquier servidor público debe estar consagrada previamente en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, se puede llegar a considerar que deberían replicarse las respectivas normas del Estatuto Contractual que reglan lo relativo a la competencia y a la posibilidad de delegarla.

No obstante, frente a este punto en particular es perentorio señalar que su incorporación resulta obligatoria para las ESES no en virtud de este estatuto sino de las normas que en materia presupuestal rigen a todas las entidades públicas, dentro de las cuales se incluyen por supuesto las ESES. Se descarta entonces que exista la posibilidad que en este aspecto se apliquen las normas de Derecho Privado.

En efecto, en materia presupuestal a las ESES del orden nacional se les aplica el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado[638]. A su turno, éstas últimas se rigen por el Decreto 115 de 1995[639], el cual en su artículo 31 establece que:

---

[637] "… En este sentido, se está ante la presencia de una autorización general para contratar con las personas naturales o jurídicas de que trata la norma, autorización expresa que sin embargo no puede desconocer las disposiciones constitucionales, legales, y la jurisprudencia constitucional en la materia, en relación con los límites a la contratación por parte de las entidades estatales, tanto en relación con los principios que deben regir dicha contratación, la selección objetiva de los contratistas, y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados…" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

[638] Decreto 111 de 1996 "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto" ARTICULO 5o. Las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, tendrán para efectos presupuestales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.
Para los mismos efectos, las empresas sociales del Estado del orden nacional que constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada, se sujetarán al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado (Ley 225/95, artículo 11).

[639] Decreto 115 de 1996. "Por el cual se establecen normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las

Art. 31.- Las empresas tienen capacidad para contratar y ordenar el gasto en los términos previstos en el artículo 51 de la Ley 179 de 1994.

Por su parte, el artículo 51 de la Ley 179 de 1994[640] establece que:

ARTÍCULO 51. El artículo 91 de la Ley 38 de 1989 quedará así:
"Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. ***Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones legales vigentes…****"*
(Negrita y subraya fuera de texto)

Las normas sobre esta materia en el Estatuto Contractual se encuentran consagradas en las siguientes disposiciones de la Ley 80 de 1993:

ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES.
1º. ***La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.***
2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.
3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:
a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.
b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.
c) ***Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.*** (Negrita y subraya fuera de texto)
ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR. Los jefes y ***los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.***

Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no financieras."

[640] Ley 179 de 1994. "Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, Orgánica de Presupuesto."

<u>En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.</u>
PARÁGRAFO. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso (Negrita y subraya fuera de texto)

A su turno, el Decreto Reglamentario 139 de 1996[641], establece dentro de las funciones del Gerente de la ESE la representación legal de la entidad y la ordenación del gasto.

"ARTICULO 4o. DE LAS FUNCIONES DEL CARGO DE GERENTE DE EMPRESAS SOCIAL DEL ESTADO Y DE DIRECTOR DE INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD PUBLICA DEL PRIMER NIVEL DE ATENCION. Son funciones del Gerente de Empresas Social del Estado y de Director de Institución Prestadora de Servicios de Salud Pública del primer nivel de atención, además de las definidas en la Ley, Ordenanza o Acuerdo, las siguientes…

…20. Representar legalmente a la entidad judicial y extrajudicialmente y ser ordenador del gasto."

A partir de las disposiciones citadas, es pertinente destacar que la norma presupuestal de carácter orgánico remite al Estatuto de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993 y sus correspondiente reformas), por lo que su aplicación e incorporación en los manuales de contratación resulta obligatoria para las ESES. En este orden de ideas, haciendo una interpretación sistemática de las normas anteriormente citadas, el Gerente de la ESE, quien es el Representante Legal de la entidad, tiene la competencia para: i) ordenar y dirigir los procesos de selección, ii) escoger al contratista, iii) celebrar los contratos, y iv) ordenar el gasto. Así mismo, tiene la facultad de delegar total o parcialmente dicha competencia y para desconcentrar[642] la realización de licitaciones en los servidores públicos que

[641] Decreto 139 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", derogó el artículo 14 delDecreto 1876 de 1994"Por el cual se reglamentan los 194, 195, y 197 de la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado"

[642]En materia de desconcentración en la actividad contractual de las entidades estatales, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: "… Igualmente, no puede perderse de vista que conforme a lo dispuesto en el artículo 211 Superior, la delegación exime de responsabilidad al delegante, adscribiéndose únicamente en el delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad correspondiente. Esta consecuencia jurídica no es predicable de la desconcentración, caso en el cual la autoridad administrativa que transfiere la competencia conserva la responsabilidad respecto del ejercicio de las funciones atribuidas…
…Como se observa, la intención del legislador fue permitir que las autoridades públicas facultadas para contratar en nombre del Estado, bien originariamente o en virtud de acto de delegación, puedan desconcentrar en instancias o funcionarios de la propia entidad el desarrollo de actividades propias del proceso precontractual, como es el caso de la elaboración de pliegos de condiciones o

desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes, sin exonerarse de la responsabilidad en virtud de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual[643].

2.1.1.7 En la actividad contractual de las ESES también se exige el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal (CDP)

En el mismo sentido que el numeral anterior, consideramos frente a este punto que su exigencia no radica en virtud de las reglas del Estatuto Contractual, pues como ya se ha dicho antes, las normas del estatuto que se aplican a estas entidades son aquellas que se refieren a las cláusulas exorbitantes cuando decidan discrecionalmente incorporarlas. Su exigencia radica entonces en la observancia del artículo 21 del mencionado Decreto 115 de 1996, que establece el régimen presupuestal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado aplicable a las ESES tal y como ya lo mencionamos anteriormente[644]:

---

sus documentos equivalentes, la evaluación de propuestas, la confección de minutas de contratos, etc…

… En ese sentido, la desconcentración de actividades en el proceso precontractual de que trata el artículo 21 de la Ley 1150/07 es un modo específico de distribución racional del trabajo propio de los procedimientos de contratación administrativa al interior de las entidades del Estado, que de ninguna manera involucra la delegación y, por ende, la exención de la responsabilidad administrativa del jefe o representante legal de la entidad de que se trate. En ese orden de ideas, resulta apenas lógico que el legislador haya dispuesto que contra esas actividades no procedan recursos en vía gubernativa, pues ello equivaldría, en la práctica, a que la actuación volvería al superior quien, como se dijo, conserva la responsabilidad administrativa en relación con las actividades desconcentradas..." (Negrita y subraya fuera de texto) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-259 del 11 de marzo de 2008. M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

[643]La Corte Constitucional estudiando la exequibilidad de estas disposiciones normativas introducidas por la Ley 1150 de 2007 señaló que: "…Al respecto, encuentra que dicha disposición no sólo no desconoce los postulados de dicha norma superior, sino que al contrario los desarrolla plenamente. Ciertamente, como se acaba de ver, la interpretación armónica del artículo 211 de la Carta, junto con otros principios constitucionales recogidos en los artículos 1°, 2°, 6°, 123, 124 y 209 superiores, especialmente con el principio de coordinación de la actividad administrativa contenido en el artículo 209 de la Constitución y la regla general de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos consagrada en el 124 ibídem, lleva a concluir que el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que concierne al ejercicio de la función delegada, por lo cual cuando la norma acusada prescribe que nunca quedará exonerado de dicha responsabilidad, simplemente corrobora o ratifica lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, leído en su correcta interpretación sistemática, expuesta por esta Corporación en la tantas veces mencionada Sentencia C-372 de 2002…"(Negrita y subraya fuera de texto) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-693 del 9 de julio de 2008. M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

[644]Decreto 111 de 1996 "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto" ARTICULO 5o. Las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, tendrán para efectos presupuestales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Para los mismos efectos, las empresas sociales del Estado del orden nacional que constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada, se sujetarán al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado (Ley 225/95, artículo 11).

ARTICULO 21. ***Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, deberán contar con los certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.***
Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, no se podrán contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, o con cargo a recursos del crédito cuyos contratos no se encuentren perfeccionados, o sin que cuenten con el concepto de la Dirección General de Crédito Público para comprometerlos antes de su perfeccionamiento, o sin la autorización para comprometer vigencias futuras por el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, o quien éste delegue. El funcionario que lo haga responderá personal y pecuniariamente de las obligaciones que se originen.[645] *(subraya y negrita fuera de texto)*

Resulta entonces muy acertado establecer este deber, pues además se constituye como una forma de concreción del principio de planeación y de economía.

2.1.1.8 En los contratos celebrados por las ESES el registro presupuestal (RP) se constituye como un requisito de perfeccionamiento

Igual que en los dos anteriores literales, consideramos frente a este punto que su exigencia no radica en virtud de las reglas del Estatuto Contractual, sino en la observancia del recién mencionado artículo 21 del mencionado Decreto 115 de 1996, que establece el régimen presupuestal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado aplicable a las ESES[646]:

---

[645] Este artículo replica en términos generales el artículo 71 del Decreto 111 de 1996.
Decreto 111 de 1996. ARTÍCULO 71.Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.
En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.
Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.
Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86; L. 179/94, art. 49).
[646]Decreto 111 de 1996 "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto" ARTICULO 5o. Las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación sus entidades descentralizadas

ARTICULO 21. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, deberán contar con los certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.
Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, no se podrán contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, o con cargo a recursos del crédito cuyos contratos no se encuentren perfeccionados, o sin que cuenten con el concepto de la Dirección General de Crédito Público para comprometerlos antes de su perfeccionamiento, o sin la autorización para comprometer vigencias futuras por el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, o quien éste delegue. El funcionario que lo haga responderá personal y pecuniariamente de las obligaciones que se origine.[647] *(subraya y negrita fiera de texto)*

2.1.1.9 Los contratos celebrados por las ESES deben observar el requisito de perfeccionamiento establecido por el Estatuto Contractual

Si bien es cierto, a partir de la no aplicación del Estatuto Contractual en este régimen, podría considerarse inicialmente que los contratos celebrados por las ESES no deberían observar el requisito de perfeccionamiento que establece el

---

posean el 90% o más, tendrán para efectos presupuestales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.
Para los mismos efectos, las empresas sociales del Estado del orden nacional que constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada, se sujetarán al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado (Ley 225/95, artículo 11).

[647] Este artículo replica en términos generales el artículo 71 del Decreto 111 de 1996.
Decreto 111 de 1996. ARTÍCULO 71.Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.
En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.
Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.
Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86; L. 179/94, art. 49).

artículo 41 de la Ley 80 de 1993[648], cual es la elevación a escrito del contrato, en concordancia con la formalidad que establece el artículo 39[649].

Sin embargo, para armonizar la exigencia de los literales anteriores respecto al CDP y al RP, consideramos pertinente incorporar esta exigencia en los contratos que celebren las ESES. Lo anterior, no simplemente como un prurito a la aplicación del Derecho Público sino como una opción razonable y conveniente, pues no se puede soslayar que, a pesar del Derecho Privado prevalentemente aplicado, estas entidades manejan recursos públicos y la forma escrita de los contratos celebrados otorga la seguridad jurídica requerida a estas relaciones jurídicas, también resulta muy beneficioso desde el punto de vista probatorio para las partes y, adicionalmente, salvaguarda la responsabilidad del servidor público que desarrolla la actividad contractual.

2.1.1.10 La celebración de contratos por parte de las ESES requiere el cumplimiento de las obligaciones del contratista respecto al Sistema General de Seguridad Social

Esta exigencia encuentra su fundamento no en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007[650], sino en razón a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, que expresamente señala lo siguiente:

ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier

---

[648] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 41.Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito…

[649] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO39. De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.
Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

[650] Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. El inciso segundo y el parágrafo 1o del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:
"Artículo 41.
(…)
Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.
PARÁGRAFO 1o. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.
El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.
En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento…

2.1.1.11 Se replican las modalidades de selección del contratista propias del Estatuto Contractual

Si bien es cierto no hay disposición normativa que impida que las ESES repliquen las modalidades de selección del contratista del Estatuto Contractual, consideramos que esta práctica no es adecuada. En efecto, la observancia del principio de selección objetiva impone el deber a estas entidades de establecer reglas claras, proporcionales y razonables para la escogencia de contratistas.

Sin embargo, no resulta coherente aplicar en estricto sentido las normas correspondientes del Estatuto Contractual pues la selección de un contratista terminaría siendo igual de rigurosa que en cualquier entidad del Estado, lo cual seguramente no sucede con los prestadores de servicios de salud de carácter privado.

No se puede entender que la única manera de dar cumplimiento a los principios de selección objetiva, transparencia, libertad de concurrencia, igualdad de oferentes y demás principios ampliamente desarrollados en el capítulo anterior, sea la incorporación estricta de las modalidades de selección del Estatuto Contractual con sus correspondientes reglas. Por ello, las ESES en este aspecto deben considerar la necesidad de desarrollar con eficiencia su actividad contractual teniendo en cuenta las características propias del mercado en el que se desenvuelven, pero garantizando a su vez la concurrencia de los interesados y su trato igualitario a partir del establecimiento de parámetros objetivos que determinen su escogencia puestos a disposición oportunamente, los cuales excluyan cualquier asomo de favoritismo, cumplimiento de favores ajenos al interés general que debe prevalecer en la contratación y garanticen además la correcta utilización de los recursos públicos.

En esta dirección, resulta acertado, por ejemplo, incorporar criterios de cuantías que tengan el efecto de diferenciar las modalidades de selección, las cuales no deberían ser muchas sino precisas y claras.

En suma, resulta imperativo partir del hecho que la existencia de modalidades de selección distintas a las del Estatuto Contractual no supone *per se* la violación de

los principios de obligatoria observancia, pero tampoco se configura como una licencia para que estas entidades seleccionen a sus contratistas de manera caprichosa o improvisada.

2.1.1.12 Se replican las reglas sobre contenido de los estudios previos establecidas por el Estatuto Contractual

Si bien es cierto que la correcta aplicación del principio de planeación y economía implica la elaboración de estudios previos al inicio de la actividad contractual, no conlleva la réplica de las reglas establecidas para éstos en el Estatuto Contractual.

Los estudios previos o de conveniencia constituyen el soporte de la contratación que se va llevar a cabo. Estos deben describir la necesidad de la entidad y cómo la entidad la va a satisfacer. En este ámbito, igualmente, resulta indispensable que la entidad justifique el valor del contrato, no simplemente indicándolo sino explicando que parámetros o fórmulas tuvo en cuenta para concluir dicho valor.

De este modo, si bien es cierto los estudios previos no exigen el rigor del Estatuto Contractual, no se puede entender tampoco no deban estar sometidos a ningún tipo de exigencia.

2.1.1.13 Se establece la facultad de imponer multas y cláusula penal pecuniaria y de hacerlas efectivas

En relación con este tema, cabe la discusión sobre siesta facultad puede ser ejercida por las ESES o es exclusiva de las entidades que se rigen por el Estatuto Contractual.

Frente a este punto en particular, sea lo primero preguntarnos si las multas y la cláusula penal pecuniaria son cláusulas exorbitantes al tenor del Estatuto Contractual, pues una lectura exegética del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, impediría que, en el caso de no considerarse como tales, las ESES ejercieran dicha facultad sencillamente porque esta norma sólo las autoriza para incorporar cláusulas exorbitantes.

Recordemos que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993[651] consagra las cláusulas de terminación, de interpretación y modificación unilateral, de sometimiento a las

[651]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 14.DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL**.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:
1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

leyes nacionales, de caducidad y de reversión, como excepcionales al derecho común[652].

El Estatuto Contractual no incluye las multas y a la cláusula penal en su artículo 14 como cláusulas exorbitantes o excepcionales. ¿Es entonces improcedente esta facultad para las entidades en estudio?

Consideramos que la respuesta debe ser negativa. Sea lo primero señalar que en el caso de las multas y de la terminación para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria consagradas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[653], con su

---

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

[652]"…Entonces, los muy especiales fines que enmarcan la actividad estatal condicionan y limitan de alguna manera su actuar contractual. El interés colectivo exige que se garantice el adecuado uso de esa herramienta jurídica, de modo tal que se evite cualquier acción portadora de menoscabo o perjuicio. Por ello, debe dotarse a la administración de mecanismos eficaces pero excepcionales que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales…" Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

[653] Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

correspondiente facultad de hacerlas efectivas por la propia administración[654], e independientemente de la discusión de que si se consideran cláusulas excepcionales, cláusulas exorbitantes,[655] cláusulas especiales[656]o potestades exorbitantes[657], estas facultades se convierten, sin duda alguna, en instrumentos que denotan una exorbitancia por parte de las entidades estatales, que implican el

---

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

[654] Recordemos que como ya se anotó anteriormente, con la reforma al Estatuto Contractual del 2007, se zanjó el debate jurisprudencial y académico sobre su procedencia en la contratación estatal. Una síntesis completa sobre esta discusión se encuentra en: SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. "La Nueva Contratación Pública en Colombia". Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Primera edición. LEGIS, 2009. Páginas 122 – 144

[655]El profesor DE VIVERO ARCINIÉGAS, señala que el concepto de "actos administrativos contractuales" constituye un género que abarca dos especies: 1) las cláusulas excepcionales que son las mencionadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y, 2) las cláusulas exorbitantes que se ejercen mediante acto administrativo y cuyo pacto o inclusión no se encuentra condicionado a una determinada modalidad de contratación. En este último grupo se encuentran incluidas la multa y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal. Esta diferenciación parte de la distinción de fondo entre las cláusulas excepcionales y las cláusulas exorbitantes. Las primeras se aplican, precisamente, de manera excepcional, pues la regla general en la relación contractual que introduce la Ley 80 de 1993 es de igualdad entre las partes, y sólo en aras de mantener la continuidad del servicio se hace necesario aplicarlas y por ende romper con dicha igualdad. Las segundas, se desarrollan en el marco del poder de superioridad de la administración frente al contratista, que es permanente y no restringido o excepcional, característico además del régimen de exorbitancia establecido en el derogado Estatuto Contractual – Decreto 222 de 1983-. Ver, DE VIVERO ARCINIÉGAS, Felipe. "Análisis crítico de la Ley 1150 de 2007". En "Reforma al régimen de contratación estatal". (Comp.) DE VIVERO ARCINIÉGAS, Felipe. Universidad de los Andes. 2010. Páginas 59 -74

[656]La profesora PALACIO JARAMILLO, las denomina cláusulas especiales. No se pueden catalogar como cláusulas excepcionales o exorbitantes porque estas denominaciones se restringen a las potestades establecidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y la Ley 1150 de 2007 que las introdujo, no modifica o adiciona dicho artículo por lo que, estricto sensu, no pueden ser catalogadas como aquellas. Ver, PALACIO JARAMILLO, María Teresa. "Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales", en La Ley 1150 de 2007. Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? ARAÚJO OÑATE, Rocío, Editora Académica. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2011. Páginas 69-92

[657]La profesora CORREA PALACIO, clasifica las potestades exorbitantes en: 1) poderes exorbitantes expresos, que son las cláusulas excepcionales del artículo 14 y, 2) otros poderes exorbitantes por gozar de las características que las distinguen, entre los que encontramos las multas y la cláusula penal. Ver CORREA PALACIO, Ruth Stella. "El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal". En "Reforma al régimen de contratación estatal". (Comp.) DE VIVERO ARCINIÉGAS, Felipe. Universidad de los Andes. 2010. Páginas 1 – 44

ejercicio de una prerrogativa en favor de la Administración, así como lo ha señalado y reiterado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. [658]

Su existencia se asocia a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración[659], así como a la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato[660]. De esta manera, se establece la posibilidad de pactarlas e imponerlas con el exclusivo objeto de apremiar al contratista para que cumpla sus obligaciones.

Considerar que las ESES sólo pueden discrecionalmente incorporar en sus contratos aquellas cláusulas consagradas en el artículo 14 del Estatuto

---

[658] Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente: "… Como se verifica, entonces, la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la administración pública en la ejecución de un contrato, no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues esta debería significar una situación inviable en el derecho común. Esta situación, que ha sido advertida, de manera específica, para el caso que nos ocupa (imposición unilateral de multas), por algún sector de la doctrina, implica un cuestionamiento y análisis más detallado de la esencia de lo exorbitante como concreción de una prerrogativa pública. Por este motivo, la Sala estima conveniente detenerse en este aspecto, pare efectos de ofrecer mayor claridad, como se dijo, al calificativo "exorbitancia" que justamente constituye la razón de ser de la consideración que con esta sentencia se ratifica.
Al análisis de la exorbitancia administrativa, le falta entonces, un elemento fundamental: el que ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad.
No basta entonces, se insiste, en la constatación de una manifestación unilateral que produzca efectos jurídicos; esta manifestación debe constituir la concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye únicamente a un sujeto público o a uno privado, en ejercicio de las funciones administrativas, en virtud de la relación de las específicas actividades de estos, con los fines del Estado.
Esta consideración, conlleva a un análisis adicional, en el caso que ocupa a la Sala: ¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa?
La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas…" CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C. P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 30 de julio de 2008. Radicación número: 50012325000199501905O1(21574)

[659] Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Concepto del 29 de noviembre de 2010. Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040)

[660] Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.
En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

Contractual, desconoce el fundamento general del régimen de exorbitancia que se establece en este mismo artículo y sin el cual en muchas ocasiones la entidad estatal no podría cumplir con los fines de la contratación pública.

Sin embargo, resulta imperativo tener en cuenta que estas facultades exorbitantes proceden cuando la ESE ha incorporado en su Manual de Contratación la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes en los contratos que celebre, donde expresamente se establezca, tal y como se sostuvo anteriormente, el deber de dirigir, controlar y vigilar la ejecución del contrato, pues éste será el fundamento de todo el conjunto de prerrogativas: cláusulas exorbitantes y multas y cláusula penal pecuniaria.

Esta precisión es necesaria porque el fundamento de esta prerrogativa no se puede entender implícito en los contratos que celebran las ESES al regirse primordialmente por el Derecho Privado. Por ello, la imposición de multas unilateralmente y la efectividad de las mismas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, resulta ser el complemento de la incorporación expresa de las cláusulas exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Sólo así, se puede entender que exista esta facultad, porque operan dentro de la lógica del deber de dirección, control y vigilancia de la ejecución contractual[661].

Igualmente, si se pretende incorporar lo relativo a las multas y a la cláusula penal pecuniaria, así como lo expresamos frente a las cláusulas exorbitantes, es deber de la entidad exceptuada incluir dicha facultad en los términos exactos que establece el Estatuto Contractual. En estos eventos, sí se hace necesario replicar o remitirse a estas normas generales, porque al ser prerrogativas no pueden ser tomadas por partes. De lo contrario, podríamos estar ante una violación de la garantía "legalidad de la sanción o falta", como parte fundamental del principio del debido proceso.[662]

Se reitera, la aplicación del régimen de Derecho Privado a las entidades exceptuadas en su actividad contractual, no se puede traducir, so pretexto del grado de libertad y autonomía de la voluntad propios de este régimen, en la facultad de establecer normas internas que aplican las normas del Estatuto

---

[661] *"…La facultad de dirección y control conlleva la de sancionar administrativamente el incumplimiento del cocontratante a sus obligaciones contractuales, pues es la forma lógica como puede la Administración constreñir a su cocontratante al cumplimiento estricto del contrato…Las sanciones que puede imponer el estado en este respecto pueden ser pecuniarias o coercitivas. Respecto a las sanciones pecuniarias, estas están representadas por multas administrativas previstas en leyes o reglamentos…"* BREWER CARIAS, Allan R. Estudios de Derecho Administrativo. Ediciones Rosaristas 1986. Página 1118

[662] Para profundizar sobre el tema, recomendamos estudiar: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367) y CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

Contractualpero modificadas o aplicadas por partes, es decir, adaptándolas según su parecer y necesidad. En una palabra, las normas del Estatuto Contractualno se pueden convertir en normas "*sui generis"* en los manuales internos, con fundamento en el ámbito iusprivatista que rige a este tipo de entidades.

Finalmente, es preciso resaltar que del mismo modo que exigimos la aplicación de los correspondientes límites a las cláusulas exorbitantes, se deben acatar a su vez los principios del debido proceso[663], de buena fe[664] y del equilibrio económico del contrato[665].

---

[663] Cabe reiterar que la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción incorpora el procedimiento que las entidades deben acatar para efectos de imponer unilateralmente las multas y declarar el incumplimiento con miras a hacer efectiva la cláusula penal.
ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO*.* Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:
a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;
c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;
d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

[664] Se reitera lo manifestado en el tema de los límites de las cláusulas exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993

[665] Se reitera lo manifestado en el tema de los límites de las cláusulas exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993

2.1.1.14 Se incorpora el ejercicio de otras prerrogativas consagradas por el Estatuto Contractual

Nos referimos a instituciones como la liquidación unilateral del contrato, la revocatoria del acto de adjudicación, la facultad de declarar el siniestro de incumplimiento y el correspondiente efecto en el régimen de garantías, a la terminación unilateral del contrato en aplicación delos artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, entre otras.

Por ser entonces prerrogativas que se comportan en su mayoría como poderes exorbitantes, se presenta la misma discusión planteada respecto a las multas y la cláusula penal arriba señalada.

De entrada consideramos negativa la posibilidad de incluir estas potestades o privilegios en los contratos que celebren las ESES, pues la autorización del artículo 195 de la Ley 100 de 1993[666], se refiere a las cláusulas exorbitantes y no al resto de las potestades exorbitantes que se utilizan normalmente en desarrollo de la actividad contractual, con la excepción ya explicada frente a las multas y la cláusula penal. Aceptar esta posibilidad implicaría una eventual violación de la garantía que consiste en el "el derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente", como parte fundamental del principio al debido proceso.[667] No obstante lo anterior, procedemos a realizar las siguientes precisiones.

Frente a la liquidación unilateral cabe señalar que, a diferencia de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, la liquidación unilateral no se fundamenta en el deber de dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato en cabeza de la entidad estatal, por lo que su uso no se

---

[666]Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:
…6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública…

[667] "…b) El derecho a ser juzgado *ante juez o tribunal competente*, también actúa en materia contractual, e igualmente en forma diversa.
Alude a que la potestad sancionatoria cuente con la asignación previa de la competencia para imponer la medida coercitiva o limitadora de la libertad. Se trata de la atribución previa de la facultad correctiva sobre el contratista. En efecto, la garantía del juez o tribunal competente se refiere, en materia administrativa, a la asignación de competencia a la entidad estatal para adoptar ciertas decisiones contractuales, pues ella tiene la facultad para hacerlo.
Ahora, el funcionario que puede ejercer la competencia asignada al órgano público es el representante legal de la entidad, según se deduce del artículo 11 de la ley 80, potestad que es delegable en los términos del art. 12 de la misma ley.
Esta garantía tiene fundamento adicional en el artículo 121 CP., según el cual "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley", sólo que esta norma es más general que el art. 29 CP., pero también contiene o expresa el principio de legalidad, pero no exclusivamente a nivel sancionatorio sino a nivel de competencias de cualquier clase que correspondan a las entidades públicas…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

utiliza con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación. Precisamente, ya el plazo de ejecución del contrato expiró.[668]

Esta figura tiene como finalidad la realización de un balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual[669]. Por su parte, la liquidación unilateral sólo procede cuando la posibilidad de realizarla de manera bilateral resulta fallida, por eso la jurisprudencia resalta su carácter supletivo[670].

Independientemente de la discusión sobre si la liquidación unilateral se cataloga [671] o no como una potestad exorbitante[672], consideramos que esta facultad no

---

[668] LEY 1150 DE 2007. ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

[669] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239)

[670] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469)

[671] *"…En efecto, el debate sobre el derecho del contratista a recibir el pago por concepto de las obras realizadas que no formaban parte del objeto del contrato, si bien está contenido materialmente en la Resolución 000852 de 2002, es claramente extracontractual y, por la misma razón, la decisión que sobre el mismo se adoptó no podría ser considerada, de ninguna manera, objeto de la facultad exorbitante de liquidación unilateral del contrato ejercida por la Administración. Debe tenerse en cuenta, para un entendimiento completo de lo expresado, que, en el caso concreto, el contratista construyó las obras indicadas sin que hubiera habido lugar a la suscripción de un contrato adicional, en el que se ampliara el objeto pactado. Y tal contrato adicional habría resultado necesario para fundar en él una pretensión de naturaleza contractual, referida a la condena al pago del valor de los trabajos realizados…"*CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Sentencia del 15 de abril de 2004. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00056-01(25561)

Igualmente en otra jurisprudencia se señaló lo siguiente: "…Y en este punto resulta necesario tener en cuenta que el acto administrativo de liquidación unilateral de los contratos es una potestad pública otorgada por la ley a las entidades contratantes, que frente a las posibilidades de decisión que poseen las partes del negocio jurídico respecto de su finiquito, constituye una facultad exorbitante, en el sentido de que se trata de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico le confiere exclusivamente a los entes públicos, como expresión de la supremacía jurídica que ostenta la Administración Pública en las relaciones jurídicas en que interviene y que constituye por lo tanto una institución de orden público que reviste los caracteres de inalienable, irrenunciable e imprescriptible…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6387-01(10875)

[672] *"…Se precisa, además, que la liquidación unilateral del contrato no constituye una facultad exorbitante de la administración, como lo señala el demandante, puesto que el Decreto-ley 222 de 1983, norma vigente para la época en que se celebró el contrato, no le dio tal naturaleza, como tampoco lo hizo la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual actualmente vigente.*

puede extenderse a las ESES. Dicha potestad no se enmarca dentro de aquellas que se derivan del deber de dirección del contrato. A pesar de que enmarca una prerrogativa para la Administración, consideramos que se excedería el propósito del legislador al entender incluida esta figura dentro de las cláusulas exorbitantes del contrato. Su finalidad es ajena al Derecho Privado que prevalentemente se aplica a estas entidades exceptuadas.

Lo mismo se considera frente a otras instituciones que implican un privilegio para la Administración en el marco del desarrollo de las actividades contractuales, tales como la revocatoria de la adjudicación o la revocatoria del acto de apertura del proceso de selección. Su finalidad es ajena al Derecho Privado que, por regla general, es el régimen que se le aplica a las ESES en su actividad contractual.

Contrario sensu, estas instituciones en particular son desarrollo de las prerrogativas propias del ejercicio de la función administrativa y de la gestión del interés general que por naturaleza gozan las entidades públicas, característica del Derecho Administrativo, pero que no puede extenderse su aplicación cuando estas obran bajo el régimen del Derecho Privado, pues haría nugatoria la intención del legislador al establecer dicho régimen, implicando de contera una posición desventajosa del particular que concurre a contratar con este tipo de entidades.

Así lo ha sostenido de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal como lo recoge la Sentencia de diciembre 11 de 1989, en la cual se lee:
"Los poderes de la entidad administrativa contratante o los privilegios de decisión unilateral, como los llaman algunos tratadistas v.gr. Miguel AngelBerçaitz, (Teoría General de los Contratos Administrativos, Ed. Depalma, Buenos Aires 1980) miran a la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por ese fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancias, y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado podrá sustituir el contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo ejecutar por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública (Arts. 19, sobre la terminación unilateral; 24, sobre interpretación unilateral; 62, sobre caducidad; 71, sobre multas; y 72, sobre cláusula penal pecuniaria, todos ellos del Decreto 222 de 1983).
"Dentro de este marco conceptual, la actividad de la administración en la liquidación del contrato no constituiría siquiera un poder exorbitante pues no tiene la finalidad indicada, pero suele también dársele esa calificación sólo por el carácter de unilateral que puede tener cuando aquélla procede a adelantarla cuando el contratista no colabora para llevarla a cabo o habiéndolo hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega. Pero ese poder no puede llegar hasta señalar la responsabilidad y las consecuencias indemnizatorias de que ella se deriven, pues esta misión le corresponde es a los jueces".
Con mayor claridad y ya bajo la vigencia de las normas de la Ley 80 de 1993, tanto en la Sentencia de julio 4 de 2002, como en la Sentencia de diciembre 4 de 2002, el Consejo de Estado afirmó:
"... La Administración, es cierto, cuenta con la facultad legal para liquidar el contrato por virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, pero debe recordarse que tal potestad suple la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente; de manera que no se trata de un poder excepcional o privativo de la administración"…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287)

Sin embargo, es preciso recordar que la entidad estatal cuando decide declarar la caducidad de un contrato, según el primer inciso del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 que regula esta cláusula exorbitante[673], lo hace por medio de acto administrativo debidamente motivado, dándolo por terminado y ordenando su liquidación en el estado en que se encuentre. El efecto de la caducidad es su terminación y correspondiente liquidación. De lo anterior se infiere que, en estos casos, la referida liquidación se debe realizar en los términos del propio Estatuto Contractual, por lo que el modo unilateral sería procedente si no se logra aquella de común acuerdo[674]. Consideramos que para este sólo evento, una ESE podría llegar a liquidar unilateralmente un contrato, como un asunto consecuente a la imposición de la caducidad cuando discrecionalmente la entidad haya decidido incorporar las cláusulas exorbitantes. Aclarando por supuesto que la liquidación unilateral procede en virtud de la aplicación integral de las normas que regulan la caducidad, pues la ESE tiene esta obligación tal y como lo señalamos anteriormente. Pero no por ello, la ESE debe incorporar como regla general la facultad de liquidación unilateral en sus manuales, no existiendo entonces ninguna restricción frente a la liquidación de común acuerdo.

Similar cuestión sucede en estos casos con la declaratoria unilateral del siniestro, pues el último inciso del mencionado artículo 18 de la Ley 80 de 1993 señala que: *"…La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento…"*

---

[673] Ley 80 de 1993.Artículo 18.De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.
En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.
Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.
La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

[674] *"…La Sala advierte, del ordenamiento jurídico, que la facultad de declarar la caducidad del contrato que tiene la Administración trae consigo la de liquidarlo (bilateralmente o en su defecto unilateralmente) y es tan antigua como aquella (...) El efecto natural de esa declaratoria es la terminación del contrato y la liquidación del mismo, cuando es necesario. En el acto de liquidación, bilateral y en su defecto unilateral, fuera de la determinación de las obligaciones a cargo de las partes deben tenerse en cuenta el valor de las sanciones por aplicar de acuerdo con lo que se haya pactado en el contrato (multa, cláusula penal etc.). Es por ello que generalmente la Administración, en el mismo acto declaratorio de la caducidad, dispone la liquidación del contrato, la que se llevará a cabo después de que quede ejecutoriado aquel acto. Puede suceder que la Administración no se refiera a la liquidación del contrato en el acto de caducidad; ello no obsta para que se proceda a su liquidación, en principio por mutuo acuerdo entre las partes contratantes y en su defecto, en forma unilateral mediante acto administrativo…"* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Sentencia del 22 de junio de 2000. Radicación número: 12723

Por ello, a pesar de la finalidad loable del régimen de garantías cual es la protección del patrimonio del Estado, como regla general consideramos que no podría incorporarse la facultad de declarar el acaecimiento del siniestro que ampara las garantías por medio de acto administrativo para poder así hacerlas efectivas así como expresamente lo hace el Estatuto Contractual[675], ni mucho menos entenderse implícitamente contenida, por el hecho de ser entidad pública[676].

---

[675]La Ley 1150 de 2007 consagra expresamente esta potestad en favor de la entidad estatal en los siguientes términos:
"…ARTÍCULO 7. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.
Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.
El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.
El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare…"
[676] Con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, la jurisprudencia consolidó la facultad de declarar el siniestro:
"…En muchas ocasiones esta Sección se ha ocupado de analizar el tema central de este recurso, de allí que se reiterará la tesis uniforme que existe al respecto, toda vez que para la fecha de expedición del acto administrativo demandado se conservaba la solución que se ha dado –al igual que se mantiene en la actualidad-.
En esta línea de pensamiento, se sostiene, que las entidades estatales pueden declarar los siniestros que se cubren con las pólizas de seguros que los contratistas constituyen para amparar a las entidades estatales por los riesgos que corren con ocasión de la ejecución del contrato. En tal sentido, manifestó la Sección Tercera en la sentencia de 14 de abril de 2005 –exp. 13.599-, que se cita *in extenso* por su pertinencia para el caso concreto -porque resolvió exactamente el tema de competencia, incluso se trataba de la declaración del mismo siniestro: estabilidad de la obra- que:
"Lo anterior, sin embargo, no obsta para considerar, como lo hizo la Sala en la sentencia del 24 de mayo de 2001, que son válidos los actos administrativos por los cuales la entidad contratante decidió hacer efectiva la póliza que garantiza la estabilidad de la obra contratada, al declarar la ocurrencia del riesgo amparado. En efecto, no cabe duda de que aquélla contaba, para hacerlo, con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4° y 5º del art. 68 del C.C.A., en los cuales se relacionan los actos que prestan mérito ejecutivo, y allí se incluyeron, entre otros:
" '4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad o la terminación según el caso.
" '5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación'. (Se subraya).
"Para la Sala, estas dos normas contemplan la posibilidad de que las garantías constituidas a favor de las entidades estatales, incluida la de estabilidad de la obra, presten mérito ejecutivo, con las siguientes precisiones:

Se insiste, estas instituciones en particular son desarrollo de las prerrogativas propias del ejercicio de la función administrativa y de la gestión del interés general[677], que resultan incompatibles cuando el legislador ha dispuesto que el régimen jurídico aplicable a la actividad contractual de las ESES sea el del Derecho Privado.

De este modo entonces, sólo en los eventos de imposición de caducidad, las ESES podrían hacer efectivas las garantías por sí mismas. En los demás casos, deberían acudir al juez del contrato para cumplir dicho propósito, manifestándose así la aplicación prevalente del régimen de Derecho Privado.

2.1.1.15 Se replican las reglas sobre supervisión e interventoría recién incorporadas por el Estatuto Anticorrupción

Con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, se modifican los manuales internos de supervisión e interventoría de las ESES para actualizarlos conforme a esta importante normatividad[678].

"En primer lugar, lo dicho supone tener claro que el numeral 4 del art. 68, que se encuentra parcialmente vigente, como se deduce de la sentencia de agosto 24 de 2000 -Exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo-, en la que señaló: 'La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, sí derogó el numeral 4º de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso. El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal…'CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494)

[677] Siguiendo al profesor ESCOBAR GIL, una de las principales características del régimen jurídico de las garantías en los contratos estatales es la siguiente:
"…1.La entidad estatal tiene la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista, y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador, mediante la expedición del acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro. Es la proyección al campo de las garantías contractuales del privilegio de la decisión previa y ejecutoria que ostenta la Administración en todas sus relaciones jurídicas, y que le permite imponer derechos y obligaciones a los particulares en tutela del interés público, sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, lo que le permite declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro…"ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Reimpresión 2003. Página 249

[678] Se observa por ejemplo el caso de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe: "…(NOTA: Si bien es cierto que esta entidad cuenta con un manual de contratación y no se rige por la ley 80 de 1993, también lo es que en determinadas situaciones puede hacer efectiva esta ley para ciertos casos; en este orden de ideas podemos manifestar que si bien es cierto que las obligaciones de los supervisores están determinadas en el acuerdo 003 de 2010, estos deben tener en cuenta las disposiciones anteriormente mencionadas.)" Manual de Interventoría de Contratos 2011. Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe. Página 12. Disponible en: http://www.eserafaeluribe.gov.co/imagenes/MANUAL_DE_INTERVENTORIA_2011.pdf

De ningún modo se le reprocha esta opción que deciden tomar las entidades. Incluso, es pertinente señalar que el profesor GOMEZ LEE[679] defiende dicha posición, pues según su opinión las normas sobre Interventoría y Supervisión que son desarrollo del principio de moralidad administrativa, al tenor del artículo 83 del mencionado estatuto, son aplicables a los regímenes exceptuados, precisamente, porque desarrollan un principio de obligatoria observancia por parte de las entidades que contratan con recursos públicos, en virtud de lo dispuesto en el plurimentado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Sin embargo, no compartimos su observancia obligatoria. Desde un punto de vista eminentemente interpretativo, "estrictu sensu", las normas del Estatuto Anticorrupción, si bien tienen la finalidad loable y necesaria de combatir este flagelo, cuando establecen disposiciones sobre Interventoría y Supervisión de los contratos estatales, lo hacen en el marco de las normas generales de Contratación Pública, es decir, dentro del contexto del Estatuto Contractual. A diferencia del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que dispone expresamente la obligación de aplicar los principios de los artículos 209 y 267 constitucionales y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto Contractual, y que además se encuentra enmarcado dentro del **TITULO II *-DISPOSICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN CON RECURSOS PÚBLICOS-,*** las normas sobre interventoría y supervisión del Estatuto Anticorrupción no lo hacen expresamente.

También vale decir que, la obligatoriedad de aplicar los principios establecida en la reforma de 2007, no necesariamente implica la obligación de aplicar las reglas de las disposiciones generales sobre contratación estatal, pues no se puede considerar como la única forma de acatar los principios, la aplicación de las reglas que los desarrollan dentro de la normas del Estatuto Contractual. Cosa distinta ocurre, por ejemplo, con la obligatoriedad de aplicar las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades porque por expreso mandato legal dichas entidades sí deben hacerlo, resaltando además que, al acatar esta norma se desarrolla, justamente, el principio de moralidad administrativa, tal y como lo señalamos en su oportunidad en esta investigación.[680]

Con similares argumentos, el Proyecto de Fortalecimiento de la Innovación Institucional Pública Nacional (FIIPN) del Departamento Nacional de Planeación, ha considerado que:

"…En relación con lo preguntado, el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011 modificó el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 el que aplica solo a entidades sometidas el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sumado a lo cual, cabe recordar que el capítulo Séptimo de la Ley 1474 de 2011 se denominó "DISPOSICONES PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CORRUPCÓN EN LA CONTRATACÓN PÚBLICA" lo que ratifica que estas disposiciones están previstas

[679]GOMEZ LEE, Ivan Darío. El Derecho de la contratación pública en Colombia. Legis. Primera Edición, 2012, página 5. Página 12.
[680]Ver página 84 y 88

como parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. No obstante lo anterior, los regímenes especiales deben propender por la aplicación de los principios de la función administrativa en aplicación de los cuales deberá propender por vigilar la correcta ejecución de los recursos públicos, para lo cual podrán utilizar ésta normativa…"[681]

Con todo, tampoco se debe entender que las ESES no deban fijar normas internas, en el marco de la observancia de los principios que rigen la función administrativa, respecto a la vigilancia y supervisión de los contratos que celebran, pues este aspecto resulta indispensable para el cabal desarrollo de la ejecución contractual de cualquier tipo de entidad.

2.1.2 Principales rasgos característicos de la aplicación prevalente del Derecho Privado[682]

2.1.2.1 Énfasis en la prevalencia del Derecho Privado

El régimen jurídico principal es el de Derecho Privado, por ello el régimen de Derecho Público sólo se aplica "sí y sólo sí" se incorporan las cláusulas exorbitantes.

En relación con este rasgo estamos completamente de acuerdo, pues la intención del legislador fue establecer prevalentemente un régimen de Derecho Privado, lo cual no obsta para que, por tratarse de entidades públicas, se encuentren sometidas a imperativos o condiciones inflexibles propias del Derecho Público y del régimen común de los contratos que celebra cualquier entidad pública.

2.1.2.2 Aplicación restrictiva de los principios de la función administrativa

Se hace alusión a ciertos principios que rigen a la función administrativa dentro del marco constitucional y legal. Sin embargo, se desconoce la importancia de los mismos y su correspondiente alcance en la actividad contractual, llegando incluso a considerarse simplemente como una referencia o enunciación obligatoria pero que sólo se hace para cumplir el mandato del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Como ya se dijo con respecto a este tema en el acápite inmediatamente anterior los principios que rigen la función administrativa, dentro de la cual encontramos desde luego la actividad contractual del Estado, son la parte más importante de los Manuales de Contratación. Se constituyen en la guía fundamental de la entidad, introduciendo un marco de referencia para tener en cuenta en la elaboración y

---

[681] Ver: https://www.contratos.gov.co/Archivos/DocsPregFrec/interventoria/02.pdf)

[682] A título de referencia para observar algunos de los rasgos aquí señalados, recomendamos ver el Manual de Contratación del HOSPITAL RAFAEL URIBE URIBE - Empresa Social del Estado, el cual se anexa físicamente a esta investigación (ANEXO 2). También disponible en:http://www.eserafaeluribe.gov.co/RegimenLegal/Descargas/Acuerdo.pdf

aplicación de estas disposiciones internas, lo cual conlleva una labor reflexiva y juiciosa por parte de la entidad, pues la consagración de los principios permite conocer cuáles son, cuál es su alcance, qué implicaciones tienen sobre el proceso contractual y cuáles son las normas dentro del respectivo manual que van a permitir su aplicación y correspondiente protección.

Adicionalmente, cabe destacar que los principios no son ajenos a la contratación privada, pues esta misma los ha introducido buscando la transparencia y efectividad de la gestión contractual[683].

Se insiste, los principios se instituyen como la razonable ponderación entre el Derecho Privado que las rige y el Derecho Público que se les aplica por el hecho de ser entidades del Estado.

2.1.2.3 Se incorporan cláusulas exorbitantes adaptándolas a la voluntad de la entidad

En este aspecto el régimen aplicable inicialmente corresponde al Derecho Público. Sin embargo, no se hace integralmente, estableciendo condiciones y modalidades definidas autónomamente por la entidad, por ejemplo, la procedencia o no de las cláusulas exorbitantes dependiendo de la cuantía y no de la naturaleza de los contratos tal y como lo establece el Estatuto Contractual.[684]

Así mismo, podrían llegarse a establecer, por ejemplo, nuevas causales de procedencia de la declaratoria de caducidad, o incluso, a consagrarse nuevas

[683]Ver LAFONT PIANETTA, Pedro. Manual de Contratos. Tomo I, Segunda edición. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Páginas 198-200

[684]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 14.DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL**.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:
…2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.
Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.
En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.
Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

potestades exorbitantes so pretexto del ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes que caracteriza al Derecho Privado.

Frente a este tema en particular, debemos insistir en lo ya considerado en el acápite inmediatamente anterior, respecto a la incorporación de cláusulas exorbitantes por parte de las ESES. La aplicación del régimen de Derecho Privado a las entidades exceptuadas en su actividad contractual, no se puede traducir, so pretexto del grado de libertad y autonomía de la voluntad propios de este régimen, en la facultad de establecer normas internas que aplican las normas del Estatuto Contractual pero modificadas o aplicadas por partes, es decir, adaptándolas según su parecer y necesidad. En una palabra, las normas del Estatuto Contractual se convierten en normas "*sui generis"* en los manuales internos, con fundamento en el ámbito iusprivatista que rige a este tipo de entidades.

La aplicación del régimen de Derecho Privado y la "discrecionalidad" de que trata el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, no se puede interpretar como una patente de corso para que las ESES, por ejemplo, creen nuevas causales de procedencia de las cláusulas, o nuevas cláusulas que reúnan características variadas de las cláusulas ya existentes, o las apliquen en los contratos y situaciones que ellas autónomamente determinen[685]. Sólo de esta forma se respetaría la garantía de legalidad de la sanción que, como ya se explicó en esta investigación, forma parte a su vez del principio del debido proceso[686].

---

[685] La jurisprudencia ha resaltado la sujeción estricta de la procedencia de las cláusulas a lo establecido en la ley:

"…Así pues, es sabido que una de las más trascendentales modificaciones introducidas por la Ley 80 de 1993 fue la eliminación de la dicotomía que se viene de referir, con la pretensión de unificar en una sola categoría –la de los contratos estatales, prevista en el inciso primero del artículo 32 de dicho cuerpo normativo[685]– a todos los contratos del Estado, de suerte que las estipulaciones de los contratos serán –en el régimen de 1993– las que de acuerdo con el derecho civil y comercial y con las propias de la Ley 80 misma, correspondan a la esencia y a la naturaleza del negocio, dejándose a las partes la libertad de celebrar los acuerdos e incluir las estipulaciones que posibilite la autonomía de la voluntad y que se requieran para el cumplimiento de los fines del Estado, siempre que tales acuerdos y estipulaciones no resulten contrarios al ordenamiento jurídico en su conjunto –artículo 40 *ibídem–.*

Con este punto de partida, naturalmente la regulación del manejo de las potestades excepcionales que podrán ejercer las entidades estatales en su actividad contractual también evidencia un giro fundamental y, así, se advierte claramente la intención del Legislador de 1993 consistente en detallar, de manera más clara y exhaustiva que la contenida en la normatividad de 1983, aquellos supuestos en los cuales la entidad contratante vendrá obligada a pactar las cláusulas excepcionales al derecho común –terminación, interpretación y modificación unilaterales, sometimiento a las leyes nacionales y caducidad[685]–, distinguiéndolos de aquellos eventos en los cuales dicho pacto no constituye un mandato imperativo sino una facultad y de aquellos otros en los cuales tales estipulaciones quedan terminantemente prohibidas —grupo de eventos a los cuales habría que adicionar, en cuarto término, el integrado por los contratos no mencionados de forma expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993…CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493)

[686] Analizando la vigencia y alcance, en materia contractual, de la garantía del debido proceso administrativo sobre el derecho a "no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa", el Consejo de Estado señaló lo siguiente: "…En relación con los contratos regidos

En suma, cuando las ESES decidan incorporar las cláusulas exorbitantes siempre deben tener en cuenta la remisión normativa al Estatuto Contractual en esa parte específica[687]. Empero, por este sólo hecho, no sería obligatoria la aplicación de la totalidad del compendio normativo contractual, excluyendo totalmente el régimen de Derecho Privado que quiso establecer el legislador para estas entidades en particular.

2.1.2.4 Se establecen reglas internas en cuanto al procedimiento de imposición de sanciones en la ejecución del contrato

En ejercicio de la autonomía de la voluntad que impera en el Derecho Privado, las ESES podrían llegar a establecer en sus manuales internos procedimientos que regulen el trámite administrativo de las sanciones incorporadas y pactadas en sus contratos.

En este último punto es pertinente manifestar nuestro desacuerdo, pues se deja a la discrecionalidad de las ESES la reglamentación del trámite administrativo sancionatorio, lo cual resulta contrario al principio del debido proceso pues frente a esta clase de reglamentaciones existe reserva legal. En este sentido, se pronunció el Consejo de Estado cuando estudió la suspensión provisional del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008[688], que establecía la posibilidad a las entidades de señalar, en su Manual Interno de Contratación, el procedimiento para que el contratista ejerciera su derecho de defensa. El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló en esa oportunidad:

---

por las leyes 80 y 1.150 se observa que algunas sanciones, medidas represivas y limitaciones a la libertad de actuación contractual, tienen este mismo nivel de exigencia en cuanto a la legalidad, es decir, que la ley señala las conductas prohibidas durante la ejecución de la relación negocial, tal es el caso de la caducidad, la terminación unilateral, la modificación unilateral, la reversión, la liquidación unilateral y la declaración de un siniestro, en cuyo evento la ley define –no lo puede hacer otra norma- los supuestos fácticos y jurídicos que posibilitan ejercer esos poderes, por ende, no se le permite a la administración modificar los supuestos fácticos que le autorizan ejercer los poderes públicos mencionados…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

[687] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación número 1263.

[688] Decreto 2474 de 2008. Artículo 87.PROCEDIMIENTO DE IMPOSICIÓN DE MULTAS. De conformidad con el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición.

En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente.

"…Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos…

…Para la Sala, si bien no es nulo todo el aparte acusado, por las razones expuestas, en todo caso se condiciona su alcance en cuanto a que "…el procedimiento mínimo a seguir para la imposición de multas y que las entidades pueden señalar en sus manuales de contratación" se refiera a aspectos inter-orgánicos, es decir, a los trámites internos que deben adelantar los funcionarios encargados del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Por oposición, debe entenderse que la posibilidad de crear procedimiento administrativo sancionador, con base en la norma analizada, vulnera el ordenamiento jurídico constitucional…"[689]

Precisamente, ante esta posición jurisprudencial, el legislador a través del Estatuto Anticorrupción o Ley 1474 de 2011[690] incorporó el procedimiento para la

[689]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto del 14 de abril de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B.

[690]"…Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación

imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, con la intención de complementar el avance logrado con la expedición de la Ley 1150 de 2007 y superando este vacío lo cual dificultaba que las entidades estatales llevaran a cabo este tipo de actuaciones.[691]

2.1.2.5 Se adopta en términos generales la capacidad de los contratistas según las disposiciones civiles y mercantiles

Siguiendo el régimen de Derecho Privado, las ESES pueden celebrar contratos con las personas consideradas legalmente capaces según las disposiciones civiles y mercantiles. Cabe resaltar que la capacidad para contratar[692] adoptada por el Estatuto Contractual también remite a las normas del Derecho Privado, diferenciándose en el establecimiento de precisas limitaciones[693], tales como el

---

administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.
La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento…"

[691]"…En segundo lugar, no existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento…"Exposición de motivos Ley 1474 de 2011. Gaceta del Congreso No. 607 de 2010. Proyecto de Ley No. 142 de 2010 Senado "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."

[692] "… esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico…" CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 11 de mayo de 2011. Radicación número 11001-03-26-000-1996-01544-01(11544)

[693] Respecto a la capacidad, señala el profesor PALACIO HINCAPIÉ: "…Es la capacidad que tiene el particular para obligarse válidamente en la contratación estatal, de conformidad con las normas del Código Civil y del Código de Comercio, y con las limitaciones de la misma Ley 80…". PALACIO HINCAPIÉ, Juan ángel. LA contratación de las entidades estatales. Edición 4, 2003. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, página 74
En el mismo sentido QUINTERO MUTIS y MUTIS V señalan : "…El artículo 6° de la Ley 80 de 1993 establece una regla de capacidad que reitera el principio consagrado en el decreto 222 de 1983 (art. 2°), al enmarcar como capaces de celebrar contratos con las entidades estatales a aquellos considerados como tales en las disposiciones vigentes. En la anterior afirmación subyace la remisión necesaria al ordenamiento civil que desarrolla en varios artículos las reglas de la capacidad, estableciendo como principio general la capacidad para todas las personas para obligarse en el desarrollo y ejecución de actos jurídicos y contratos especialmente, consagrando así la incapacidad solo por excepción…"QUINTERO MUNERA, Andrés MUTIS VANEGAS Andrés. Los Contratos del Estado en la Ley de 1983. Fundación Social – Temis. 1995. Página 29

conjunto de inhabilidades e incompatibilidades propias de la contratación estatal[694] que, además recordemos, de igual forma hace parte del régimen común de los contratos que celebran las entidades públicas en Colombia.

Así mismo, las ESES están facultadas para celebrar contratos no sólo con consorcios y uniones temporales, en los términos del Estatuto Contractual, sino con cualquier forma asociativa que se encuentre prevista en las normas civiles y mercantiles.

2.1.2.6 En los contratos celebrados por las ESES podrían pactarse anticipos o pagos anticipados por encima del 50% del valor del contrato, así como adicionarse por encima del 50% del valor inicial

Al no regirse prevalentemente por el Estatuto Contractual, en principio no podría serles exigible la aplicación del parágrafo del artículo 40[695] de dicho compendio normativo. No obstante, estimamos pertinente primero, no dejar de incorporar un límite porcentual para estos aspectos específicos y, en caso de hacerlo fijándolos por encima de los dispuesto en el Estatuto Contractual justificar esta situación para que obedezca a razones serias y no a simples caprichos de la entidad, sin soslayar que los recursos que se entregan al contratista y que se adicionan al contrato siguen siendo públicos, a pesar del régimen de Derecho Privado prevalente, por lo que la ESE responde en los mismos términos que cualquier entidad pública en el evento en que se presenten malversaciones, usos indebidos, sobrecostos o cualquier otra irregularidad con respecto a dichos recursos.

[694]La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 fue muy clara al respecto: "…El proyecto de ley en sus artículos 8o, 9o. y 10 contiene disposiciones especiales atinentes a la capacidad para celebrar contratos estatales. Se denominan inhabilidades e incompatibilidades, las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar…"Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

[695]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 40. Del Contenido del Contrato Estatal…

…Parágrafo. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entregada de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

2.1.3 Reflexiones finales sobre de las recomendaciones establecidas por la Circular Conjunta 034 del 28 de octubre de 2011 en relación con el régimen contractual de las ESES[696]

Esta circular se expidió en el marco de un convenio interadministrativo celebrado entre la Procuraduría General de la Nación, la Auditoría General de la República y la Contraloría Departamental de Santander. El Primer Plan Operativo de este acuerdo tuvo como objetivo principal promover el cumplimiento de la normatividad que rige a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el Departamento de Santander, desde la óptica, fiscal, disciplinaria y preventiva.

Se realizó entonces un estudio de gestión contractual a estas entidades, cuyo producto se presenta como un anexo a la Circular Conjunta[697], y a través del cual, se invita a los Gerentes Directores, o Representantes Legales de las entidades públicas del nivel nacional, a revisar la normatividad y las prácticas internas de estas entidades para así dar cumplimiento a los principios que rigen la función administrativa y la gestión fiscal.

Sin duda alguna, esta acción interinstitucional es digna de todo el reconocimiento ante la ausencia de normas precisas que le permitan a estas entidades, en ejercicio de su actividad contractual, cumplir con los postulados de la función administrativa y de la gestión fiscal. Por ello, los principios constitucionales son el punto de referencia de este trabajo, conteniendo una valiosa revisión jurisprudencial que brinda herramientas muy valiosas para las entidades exceptuadas ante la palpable indeterminación jurídica.[698]

---

[696] Ver http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/circular%20conjunta%20034(1).pdf. También se anexa físicamente a esta investigación. (ANEXO 3)

[697] Ver:http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/CIRCULAR%20CONJUNTA%20EXTERNA%20adjunto20102011(1).pdf. También se anexa físicamente a esta investigación. (ANEXO 4)

[698] *"…Para el presente documento se efectuó una revisión jurisprudencial que se invita a consultar con el fin de que las políticas y normas internas que rigen la gestión contractual de las entidades públicas no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, concreten estos principios para alcanzar la eficacia, eficiencia y efectividad de la gestión que desarrollan, obteniendo estándares de calidad que les permitan cumplir con sus funciones constitucionales y legales y competir, con ventaja, en los mercados nacionales e internacionales, según sea el caso.*
Ante la indeterminación de reglas concretas para la aplicación de los principios se intentó hacer estas recomendaciones: Quiere decir lo anterior que quienes participan y son responsables de la gestión contractual de las entidades públicas, sometidas o no al Estatuto General de Contratación, están llamados a resolver las situaciones y hechos cotidianos de su labor atendiendo estos postulados, que en muchos casos se concretan en reglas jurídicas contenidas en leyes, reglamentos, estatutos, manuales de funciones, procesos y operaciones, y demás instrumentos regulatorios de una actividad, y, que en otras ocasiones, exigen de un ejercicio de interpretación por falencia o insuficiencia de normas positivas, aplicables para resolver problemas o conflictos específicos.
Ahora bien, para llevar a cabo este ejercicio de interpretación se requiere reflexionar sobre el contenido de los principios aludidos y su expresión en la gestión contractual del Estado…" Anexo Circular Conjunta, página 5.

- **Del principio de legalidad al principio de eficacia**

En cuanto al principio de legalidad, se concluye lo siguiente: "El principio de legalidad implicaría entonces que los servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas, que intervienen en la actividad contractual del Estado, CUALQUIERA SEA SU RÉGIMEN legal, sólo PUEDAN y DEBAN ejercer las funciones y competencias que les han sido asignadas, en el marco de la normatividad vigente…"[699]

En aplicación de este principio entonces, resulta imperativo para estas entidades establecer, en algún manual o estatuto interno, los procedimientos para llevar a cabo los procesos de contratación que desarrollen la observancia de los principios constitucionales.[700]

En relación con este principio se recomienda no establecer inhabilidades o incompatibilidades que no se encuentren señaladas en la Constitución o en la Ley, frente a lo cual estamos totalmente de acuerdo.

Finalmente, en desarrollo de este principio se advierte que las denominadas cláusulas excepcionales sólo se pueden pactar cuando la ley lo establezca, por ejemplo el caso de las empresas oficiales de servicios públicos y las empresas sociales de estado. Sin embargo, recomienda obrar con cautela frente a la posibilidad de imponer multas, basándose en jurisprudencia reciente del Consejo de Estado que señala la improcedencia de su imposición y cobro unilateral.

Frente al asunto de las denominadas cláusulas excepcionales, compartimos la posición de restringirlas a los contratos que celebran las empresas oficiales de servicios públicos y las empresas sociales del estado, ya que a éstas el propio legislador las autorizó para tales efectos, y por supuesto, a otras como las que establece la recientemente sancionada Ley 1523 de 2012, respecto a los contratos que celebre el Fondo Nacional del Riesgo[701]. Esta posición coincide con la

---

[699] Ibídem, página 7

[700] *"…Ahora bien, para las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación, las funciones o actividades relacionadas con la gestión contractual pueden estar determinadas en las normas de creación, en los estatutos, en los manuales de funciones, procedimientos o de operación adoptados internamente, así como en la legislación civil y En tal sentido, para cumplir el principio de legalidad, el personal responsable de desarrollar la actividad contractual debe conocer y acatar la regulación legal y reglamentaria, siempre en el marco de los principios constitucionales que la animan.*
De allí la importancia de que esta normatividad interna concrete los principios que rigen la función pública, estandarice los procedimientos y estimule las buenas prácticas…" Ibídem página 8.

[701] Ley 1523 de 2012. ARTÍCULO 66. MEDIDAS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y

jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se ha reiterado la prohibición de pactar cláusulas exorbitantes en los contratos de entidades estatales sometidos al régimen de Derecho Privado, constituyéndose un objeto ilícito en el evento de hacerlo[702].

Respecto al punto de las multas, es menester aclarar que del extracto de la sentencia que se trae a colación, mirándolo fuera de contexto, se colige sin duda alguna la no procedencia de las multas por estas entidades. Sin embargo, al estudiar la jurisprudencia citada en toda su extensión, nos damos cuenta que la improcedencia de la imposición y cobro coactivo de las multas no es tan clara. En efecto, si analizamos lo que seguidamente termina concluyendo el Consejo de

---

formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

[702] *"… Esta facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato, equivale a un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del comportamiento de la otra parte del negocio jurídico, rompiendo con ello, el principio de igualdad que tradicionalmente había caracterizado a las relaciones contractuales; "Cuando la entidad estatal declara la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, debe establecer la existencia de los hechos constitutivos del mismo, y ésta será la motivación del acto administrativo respectivo; es decir que unilateralmente califica la actuación de aquel y si incurrió o no en esa conducta u omisión que acarrea consecuencias negativas para el colaborador de la Administración, que ésta puede concretar y volver realidad con su sola declaración, sin necesidad de recurrir al juez del contrato para obtener su pronunciamiento".*

Tal posibilidad, por supuesto, es inusual en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como ya quedó visto, se hallaban sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado y cuyas normas, en principio, "...si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada"…

*…Y al respecto, observa la Sala que de acuerdo con la normatividad aplicable al contrato celebrado por las partes y que ya fue objeto de análisis en otro capítulo, surge de manera evidente el hecho de que el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, empresa industrial y comercial de este Departamento, no tenía competencia para incluir en el negocio jurídico de venta y distribución de licores que suscribió con la sociedad D'Costa S.A. en 1987, la cláusula de caducidad del contrato, tal y como lo hizo; dado que las normas sobre competencia son de orden público y la entidad demandada las quebrantó con dicha cláusula, esta estipulación contiene un objeto ilícito, que la vicia de nulidad absoluta y autoriza por lo tanto al juez del contrato, toda vez que se hallan presentes en el proceso las partes del mismo, para declararla oficiosamente, como en efecto lo hará la Sala, sin olvidar que la consecuencia lógica de la anterior decisión, es la invalidación así mismo, del acto administrativo mediante el cual se ejerció la facultad ilegalmente consignada en la referida cláusula contractual y se declaró la caducidad del contrato…".*CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 16 de febrero 2006. Radicación número: 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414)

Estado a partir del extracto referenciado, se puede apreciar que dicha tesis era perfectamente aplicable antes que la Ley 1150 de 2007 llenara el vacío existente y predicable, hasta ese momento, acerca de la facultad de imponer y cobrar unilateralmente las multas. Veamos:

"…Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual.(extracto que trae a colación el documento anexo de la Circular Conjunta 034 de 2011)
A lo anterior se agrega que cuando las dos partes de la relación contractual representan al Estado y actúan en nombre de él, la Ley 80 de 1993, en su artículo 14 ha previsto la prescindencia de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, por tratarse de contratos inter-administrativos y a no dudar el Convenio 4129-D de 30 de enero de 1995, es un contrato que cumple tales características, en consecuencia en esta clase de contratos no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común y aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado, lo cierto es que ninguna de las partes está facultada para imponerlas unilateralmente, mediante acto administrativo, so pena de que el acto así expedido se encuentre afectado por vicio de incompetencia. Hoy con la Ley 1150 de 1993 (sic), si se encuentran prevista la competencia de la Administración para imponer multas al contratista, de manera unilateral, pero no en los contratos interadministrativos…(subraya final fuera de texto)
…La actividad en materia contractual desplegada por la Administración también se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, más aún cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que son propias del ente estatal en su calidad de contratante. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad.
Significa que cuando el ISS decidió imponer la sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR, mediante la expedición de la Resolución 0400 de 15 de febrero de 2000, debía encontrarse autorizada por la ley, pero como las normas del derecho privado no consagran competencia alguna a las entidades del Estado para imponer multas mediante acto administrativo unilateral y la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la época en que se celebró el contrato, tampoco atribuía dicha competencia a las entidades públicas, resulta claro que actuó sin competencia funcional y, por lo tanto, el acto administrativo que impuso la sanción y aquel que confirmó la decisión, se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia, la cual será declarada; en consecuencia,

se revocará el numeral segundo de la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda…"subraya fuera de texto).[703]

De lo anterior se infiere que luego de la expedición de la Ley 1150 de 2007, es válido admitir la posibilidad no sólo de pactar multas sino también de imponerlas y hacerlas efectivas unilateralmente por parte de las entidades estatales cuyos contratos se rigen por el Derecho Privado, dentro de las cuales se incluyen las ESES, por eso se habla en la sentencia citada de falta de competencia funcional. Eso sí, se debe tener en cuenta que no exista un pronunciamiento jurisprudencial expreso que prohíba esta facultad, como es el caso de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios[704].

De la misma manera, es preciso reiterar las razones para considerar procedente la imposición de multas y de la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal manifestadas en el análisis correspondiente al primer grupo de manuales de contratación.

- **Del principio del debido proceso al de buena fe**

Respecto al debido proceso, el manual de contratación debe contener reglas claras, precisas, permitiendo la adopción de decisiones objetivas y fundamentadas. Del mismo modo, se debe dejar constancia de la actividad que realiza cada una de las áreas involucradas en la gestión contractual, dejando claro los procedimientos y la responsabilidad de los funcionarios y dependencias en la misma. Para estos efectos, se recomienda contar con personal idóneo y capacitado.

En relación con la buena fe, considera que en razón a este principio las entidades exceptuadas no deben exigir como requisito de habilitación, la suscripción, por parte del proponente, de pactos de integridad, de probidad o compromisos anticorrupción. Si bien es cierto que estos pactos afianzan la buena fe en la relación contractual ratificando el acatamiento de las normas que regulan los procesos de selección y el trámite transparente de las convocatorias, su firma es voluntaria por lo que no puede considerarse una falta al principio en comento ni mucho menos debe exigirse como requisito habilitante o de participación.

Finalmente, reitera la protección del debido proceso garantizando el derecho de contradicción de los interesados y proponentes y asegurando el principio de libre concurrencia, para lo cual se recomienda fijar plazos razonables para el desarrollo de cada una de las etapas de una convocatoria pública. Esto incluye los términos para la realización de audiencias, la contestación de solicitudes de aclaración o

[703]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639)

[704] Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 1010 del 16 de octubre de 2008. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL.

modificación del pliego de condiciones o términos de la contratación, la diligencia de cierre o presentación de ofertas, la evaluación de ellas, etc. Esta recomendación supone que las entidades exceptuadas establezcan etapas que imponen las normas que constituyen el Estatuto Contractual, siendo un poco inconveniente para el margen de acción que tienen estas entidades pues en últimas, pueden terminar replicando los procedimientos de selección del contratista de acuerdo las normas generales sobre contratación pública, solamente con un margen de maniobra de los términos, es decir, reduciéndolos.

Señala además que los procesos de selección de contratistas deben ser adelantados sin dilaciones sugiriendo para ello cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección previstas en la ley o en los reglamentos que rijan estos asuntos, lo cual puede resultar contraproducente porque remite inmediatamente a las normas generales sobre contratación pública, al ser éstas las más conocidas y divulgadas sobre la materia.

- **Del principio de economía al principio de celeridad**

Una de las primeras herramientas para el control de costos y tiempos es la PLANEACIÓN. El documento señala que:

"…Este ciclo que también se ha planteado desde la teoría que sustenta los sistemas de gestión de calidad como PHVA (planear, hacer, verificar y actuar) busca además prevenir los riesgos de gestión, ANTICIPÁNDOSE a los problemas e inconvenientes propios de la actividad comercial y, más aún, de la gestión pública, que confluyen en coinciden en algunos elementos muchas de las entidades no sometidas al régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública…
…La planeación permite también controlar la gestión, prevenir los daños antijurídicos, optimizar los tiempos y los recursos invertidos, entre otros beneficios."[705]

Debido a la relación directa entre el principio de planeación y los principios de economía y celeridad, se propone entonces incorporar mecanismos para determinar estudios o análisis que deben desarrollarse previamente a la celebración del contrato, según la naturaleza o cuantía de la contratación o su relación con el objeto social o la misión de la entidad contratante.

Esta referencia es directa a los denominados estudios previos que consagra el Estatuto Contractual, lo cual es evidente cuando se señalan los requisitos mínimos de los propuestos, pues son los mismos que señala la jurisprudencia respecto de los primeros.[706]

Sobre la incorporación obligatoria de los estudios previos con la rigurosidad que establece el Estatuto Contractual en cumplimiento de la observancia de los

[705] Anexo Circular Conjunta,Ibídem, páginas 24 y 25
[706] Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación número:25000-23-26000-1991-07664-01(14287)

principios de planeación y economía, no compartimos la recomendación en comento.

Sin duda alguna, las ESES tienen la obligación de estudiar y analizar la conveniencia previamente a iniciar los procesos contractuales, lo cual posibilita la correcta y eficiente ejecución de los recursos públicos que administran y el logro de sus objetivos misionales, excluyendo cualquier margen de improvisación, despilfarro y corrupción por supuesto. Pero dichos estudios no suponen el deber de realizarlos con la rigurosidad del Estatuto Contractual, pues su contenido es propio y característico de las exigencias de las normas que rigen la contratación pública[707].

Adicionalmente, es preciso señalar que como fundamento del principio de planeación por parte de este tipo de entidades, también se debe tener presente que, el Decreto Reglamentario 139 de 1996[708] establece dentro de las funciones de los Gerentes de las ESES, quienes son sus Representantes Legales, las siguientes:

---

[707] Decreto 1510 de 2013. Artículo 20. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El 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.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El 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.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
6. El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.
8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.
El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía.

[708] Decreto 139 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", derogó el artículo 14 del DECRETO 1876 DE 1994"Por el cual se reglamentan los 194, 195, y 197 de la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado"

"ARTICULO 4o. DE LAS FUNCIONES DEL CARGO DE GERENTE DE EMPRESAS SOCIAL DEL ESTADO Y DE DIRECTOR DE INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD PUBLICA DEL PRIMER NIVEL DE ATENCION. Son funciones del Gerente de Empresas Social del Estado y de Director de Institución Prestadora de Servicios de Salud Pública del primer nivel de atención, además de las definidas en la Ley, Ordenanza o Acuerdo, las siguientes…
…5. Planear, organizar y evaluar las actividades de la entidad y velar por la aplicación de las normas y reglamentos que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud…
…7. Velar por la utilización eficiente de los recursos humanos, técnicos y financieros de la entidad y por el cumplimiento de las metas y programas aprobados por la Junta Directiva…
…9. Adaptar la entidad a las nuevas condiciones empresariales establecidas en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizando tanto la eficiencia social como económico de la entidad, así como la competitividad de la institución…
10. Organizar el sistema contable y de costos de los servicios y propender por la eficiencia utilización del recurso financiero…

Continuando con el análisis del documento, finalmente, frente al seguimiento de la gestión contractual, se recomienda establecer reglas y procedimientos de vigilancia y control, garantizando así el cumplimiento y terminación satisfactoria de los compromisos adquiridos, la adecuada y eficiente inversión de los recursos públicos y la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante. Para ello, se invita a revisar las definiciones de supervisión e interventoría, y la responsabilidad aplicable a quienes desempeñan estas labores, disposiciones normativas incorporadas por la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción. Se reitera lo manifestado frente a la aplicación de estas normas a las entidades exceptuadas realizada en el primer grupo de manuales de contratación, señalando además que este tipo de invitación, que pone de presente el régimen de responsabilidad introducido, se convierte en un imperativo y no simplemente en una sugerencia para las entidades exceptuadas.

En último lugar, se recomienda no cobrar derechos de participación haciendo una alusión específica a los pliegos o términos de referencia, pues pueden limitar la libre concurrencia.

- **Del principio de selección objetiva a los principios de imparcialidad, igualdad y transparencia**

La selección objetiva "no se reduce a la aplicación de un procedimiento o modalidad específica de contratación sino que abarca la escogencia de un sujeto con determinados atributos objetivos que avalan la eficacia del contrato en sí mismo, es garantía de transparencia, en tanto hace clara, diáfana y visible la actuación del Estado y, a su vez, asegura la imparcialidad frente a los administrados y, por tanto, promueve su igualdad para acceder a la contratación pública."[709]

[709] Anexo Circular Conjunta, página 30

Por ello, estas entidades independientemente del proceso de contratación que desarrollen deben garantizar la idoneidad del contratista y la favorabilidad de la oferta y la transparencia de la selección.

Cabe resaltar que el estudio concluyó que en los manuales se adoptan posiciones radicales, pues se encontraron"…entidades no sometidas al Estatuto General que adoptan manuales de contratación rígidos, desconectados de los Sistemas de Control Interno y de Calidad, con regulaciones detalladas que les impiden cumplir de forma oportuna y eficiente con el objeto o razón social para las que fueron creadas…"[710]y por el otro, se "…ha identificado entidades que no cuentan con directrices ni políticas que permitan el control de resultados, la adopción de medidas correctivas o de mejoramiento continúo (sic) de su actividad contractual, dejando todo a la LIBERALIDAD y DISCRECIONALIDAD absoluta de los responsables, vulnerando, posiblemente, los principios constitucionales estudiados en el presente documento…"[711]

Lo anterior denota, una vez más, el grado de indeterminación que padecen estas entidades, y la circular sólo llama la atención de este punto, pero se pierde una valiosa oportunidad para ejemplificar, con mayor detalle, que contenidos y reglas deben ser excluidos de la práctica contractual de estas entidades y qué aspectos deben ser incorporados en dichos manuales para así poder garantizar la aplicación de los principios que rigen la función administrativa, sin que se impida el cumplimiento de forma oportuna y eficiente del objeto o razón social para las que fueron creadas.

- **Del principio de libre concurrencia al principio de publicidad**

Según el anexo, "la libre concurrencia plantea, entonces, que se garantice la igualdad de aquellos que, contando con las condiciones necesarias para contratar con el Estado, financieras, técnicas, de experiencia, jurídicas, entre otras, presenten ofertas en el trámite de convocatorias públicas o de procesos de selección, en general."[712]

Para garantizar este principio las entidades exceptuadas no pueden señalar requisitos de participación no proporcionales a la cuantía y la complejidad del objeto contractual, además sin tener fundamentos técnicos, jurídicos o financieros que los justifiquen.

Un principio que garantiza la libre concurrencia es por supuesto la publicidad de la actividad contractual. En desarrollo de éste último principio, las entidades exceptuadas tienen el deber de aplicar la estrategia GOBIERNO EN LÍNEA,

[710]Ibídem, páginas 32 y 33
[711] Ídem
[712] Ibídem, página 34

establecida por las Ley 962 de 2005 y el Decreto 1151 de 2008, pues es una obligación para todas las entidades de la administración pública.

De acuerdo con estas normas, se recuerda el deber de publicar los manuales de procesos, procedimientos, funciones y de contratación en la página web de la respectiva entidad.

Así mismo, se recomienda a estas entidades poner a disposición de la comunidad en general, las veedurías ciudadanas, órganos de control, organizaciones sociales, la información relativa a su gestión, además respecto a los interesados, se debe poner a disposición toda la información relacionada con convocatorias públicas y procesos de selección.

Estas recomendaciones resultan sumamente oportunas, porque obligan a la entidad a publicar en su página web todo lo relacionado con su contratación, pero por otro lado, no se refieren expresamente a la obligatoriedad de la publicación en el SECOP, en los términos del Estatuto Contractual. Por ello, adicionalmente, se debe tener en cuenta que la Procuraduría General de la de Nación expidió la Directiva 007 de 2011[713] para recordar los lineamientos generales y aspectos puntuales sobre la publicación de los procesos y actos contractuales en el Portal Único de Contratación –SECOP-, siendo sus destinatarios los directores y representantes legales de las entidades sometidas al Estatuto Contractual.

Con fundamento en estas apreciaciones, consideramos que el SECOP no resulta de obligatoria aplicación para las ESES, pues se insiste, es una institución propia de las entidades sujetas al Estatuto Contractual. Ello no significa que las entidades no deban publicitar sus actos, pues existe la obligación de acatar este principio constitucional.

Como ya lo señalamos arriba entonces, una buena forma de observar la aplicación del principio de publicidad en estas entidades exceptuadas y en especial en las ESES, se realiza cuando se pone a disposición de la comunidad en general los actos y procedimientos contractuales utilizando los medios electrónicos como la página web institucional u otro medio físico como las carteleras o los avisos en lugares visibles. Ello demuestra que sí es posible acatar los principios sin que necesariamente, se repliquen las normas y reglas que los desarrollan en el Estatuto Contractual.

Esta publicación tiene como principal finalidad hacer transparente los procesos contractuales y que cualquier interesado pueda concurrir a dichos procesos, por lo que debe realizarse en tiempo real, es decir, paralelamente al desarrollo de los procesos o actos contractuales, para así evitar suspicacias entre la comunidad y obviamente los consecuentes llamados de atención por parte de los organismos de control.

[713] Ver http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/9_PGN-Directiva7-2011.pdf

Ahora bien todo lo anterior no es óbice para que las ESES, en el evento en que deseen observar el principio de publicidad aplicando las normas relacionadas con el SECOP, lo puedan hacer.[714]

- **Principio de responsabilidad**

El documento anexo recuerda los diferentes tipos de responsabilidad en que puede incurrir un funcionario o incluso los particulares en el ejercicio de la actividad contractual del Estado. Sin embargo, no hace referencia a cómo podrían incurrir en dicha responsabilidad, es decir, qué conductas podrían repercutir en cada una de estos tipos de responsabilidades. Una oportunidad valiosísima que se hubiera podido aprovechar para ilustrar cuáles son las principales conductas que estos organismos de control investigan en relación con la contratación de los regímenes exceptuados. Se podría decir que es de Perogrullo, aceptar que la decisión de incorporar en mayor o menor medida las normas del Estatuto Contractual a los Manuales de Contratación de las entidades que se rigen por Derecho Privado, es consecuencia del temor que produce el control juicioso y riguroso, sobre los recursos públicos que manejan las entidades estatales.

Sin embargo, para corresponder a los fines ilustrativos de nuestra investigación, hemos realizado un trabajo de revisión de algunas decisiones de la Procuraduría General de la Nación para poner de presente el tratamiento que, en materia de responsabilidad disciplinaria, este órgano de control le ha otorgado al ejercicio de la actividad contractual por parte de los Gerentes de las ESES. Para ello, se traen a colación extractos de algunas decisiones (fallos de segunda instancia) con la única finalidad de que estas entidades tengan mayor claridad respecto a sus deberes y prohibiciones en el ejercicio de su actividad contractual desde el punto de vista de la responsabilidad disciplinaria.

1) Los procedimientos de selección de los contratistas establecidos en los Manuales de Contratación deben ser observados rigurosamente por los Gerentes de las ESES. Por ello, si las cuantías son el criterio determinante para optar por un proceso de selección u otro, los Gerentes no pueden realizar maniobras dirigidas a fraccionar el valor de los contratos, y por ende evadir las formalidades propias de los procesos de selección previstos en su Manual de Contratación. [715]

---

[714] Esta decisión, a diferencia de aquellas mencionadas anteriormente respecto de las potestades exorbitantes, no constituye una posición privilegiada de la entidad sobre el contratista y no sería entonces contraria al régimen de Derecho Privado aplicable a las ESES.

[715] *"…Atendiendo a las pruebas antes relacionadas es claro que el disciplinado suscribió en el año 2003, varias órdenes de suministro para la compra de elementos quirúrgicos a las empresas ARTIMEDIC y DENTALES UNIDOS por valores que van desde la suma de $268.000 hasta $24.277.020, y que haciendo la sumatoria de cada una de ellas estas arroja un monto de $142.344.957.*

Cuantía que de acuerdo con lo previsto en la resolución 007 de 9 de enero de 2003 se encontraba dentro del rango de los $99.600.000 y $166.000.000, lo cual implicaba observar las formalidades allí previstas, como lo eran la obtención de por lo menos dos ofertas que debe contener la características de los bienes, condiciones de pago, término para su presentación,

2) Los Gerentes de las ESES no pueden asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes, al tenor del numeral 22 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Dichas actuaciones desconocen el propósito del Estado Social y Democrático y en particular, el deber de planificación de los recursos públicos.[716]

---

propuesta al contratista, justificación para contratar, disponibilidad presupuestal y efectuar la publicación.

Tales requisitos no se observaron en las órdenes cuestionadas todas vez que el disciplinado omitió efectuar un solo contrato y en su defecto procedió a la celebración de varias órdenes por un valor inferior, con lo cual evadió el cumplimiento de los requisitos ya citados, es decir, el disciplinado dividió el objeto contractual a fin de evitar el procedimiento exigido por la entidad cuando el monto a contraer supere se encuentra en los $99.600.000 y los 166.000.000.

Por lo tanto la actuación del implicado constituye falta disciplinaria por inobservancia de las disposiciones que regulan la actividad contractual de la entidad, puesto que en calidad de gerente de la entidad él era el competente para ordenar y dirigir los procesos de contratación de la entidad.

...De esa manera queda sin piso otras de las razones expuestas por la defensa cuando asegura que las órdenes de compra permitían un mejor manejo del presupuesto, fraccionarlo en forma y reorientar el consumo de los bienes, como quiera que la elaboración de un plan de compras permitía determinar no solo las cantidades a adquirir sino también establecer la periodicidad del consumo de cada uno de los elementos y ajustar los gastos a las necesidades presupuestales.

Tampoco puede aceptarse como excusa el hecho de que la misión del Hospital se enmarca en el cumplimiento de un deber constitucional, el cual es garantizar los derechos fundamentales, pues de ser así sería aceptar que las entidades de esa naturaleza desarrollen su actividad contractual sin ningún tipo de reglamentación, cuando el legislador precisamente atendiendo a la labor a desarrollar por estas, estableció un régimen especial de contratación que se ajustara tanto a su naturaleza, como al campo comercial en el que esta deben actuar respecto a la venta del servicio, para lo cual ellas tienen la potestad legal que les permite reglamentar la gestión contractual, determinando g mecanismos o procedimientos expeditos que les permitan desarrollar su objeto, respetando eso sí los principios que rigen la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, para garantizar la prestación del servicio ajustándolo a sus necesidades .

…Así las cosas es claro para el Despacho que la conducta enrostrada constituye falta disciplinaria por cuanto el investigado al utilizar esa figura no dio aplicación a lo dispuesto en el Estatuto Contractual, cuando la cuantía total se encontraba dentro del monto previsto en el artículo 44 de la Resolución 025 de 6 de octubre de 1998 y los cuales a su vez están contenido en la resolución 007 de de enero de 2003, al contratarse al utilizar la figura de las ordenes de suministro cuando el monto total de los bienes adquiridos se encontraba entre los 300 smlmv e inferior a 500 smlvm, puesto que el monto total de las ordenes ascendió a $142.344.957." PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 28 de agosto de 2006. Proceso con N° de Radicación 074–4291-2004. Disciplinado: GERENTE DEL HOSPITAL TOMÁS URIBE. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.

[716] *"…La norma que señala el comportamiento y por el cual se censuró el comportamiento del señor ESCOBAR LOPEZ, se encuentra en el numeral 22 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y que constituye la columna vertebral de la imputación en el caso objeto de estudio, indica que constituye falta disciplinaria gravísima: "Asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes … sin contar con las autorizaciones pertinentes". Dicha norma tiene un propósito en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano el cual dentro de los fines señala entre otros: "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo." (Artículo 2 Constitución Política), lo cual es protegido por la citada disposición disciplinaria.*

3) Si bien es cierto los contratos que celebran las ESES se rigen por el Derecho Privado, cuando las partes deciden pactar en el contrato el sometimiento del mismo al régimen de la Ley 80 de 1993 y se presente una posible violación a la reglamentación de esta normativa, no existe certeza sobre su efecto jurídico. Al respecto, según el órgano de control caben dos interpretaciones: i) La cláusula no tendría ningún efecto porque el régimen aplicable según el legislador es el de Derecho Privado, por lo que no podría considerarse alguna violación a dicha reglamentación y por ende, el disciplinado debería ser absuelto; ii) En virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes sí sería exigible la aplicación de los deberes que impone la Ley 80 de 1993 y sus correspondientes reglamentaciones.[717]

Es precisamente en virtud de ese orden justo antes citado, que nos permite invocar la doctrina cuanto al referirse al tema explica que: "la finalidad de las decisiones políticas jurídicas y ***económicas****, en procura de materializar un orden justo: apropiación y vivencia de los principios y valores consagrados en la Constitución, sólo son admisibles en la medida en que provengan de procesos democráticos amplios y serios"*[716]*. Por ello, se han establecido normas de presupuesto de obligatorio acatamiento por parte de todos aquellos que manejen recursos del Estado, en el caso particular los servidores públicos deben acatar entre otros los principios del presupuesto entre ellos el artículo 12 del Decreto 111 de 1996 dispone: "Los principios del sistema presupuestal son: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, la inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la homeóstasis"*

En el presente caso existe ausencia total de planificación de los recursos que se demandaban para la fase II de la construcción en el Hospital Universitario "Hernando Moncaleano", sólo después de concluida la obra se plantea el proyecto para continuarla lo que a todas luces buscaba la legalización de una orden que no gozaba de ningún fundamento constitucional o legal, la del doctor JORGE MAURICIO ESCOBAR LOPEZ de continuar con construcciones en la zona de obstetricia sin que existieran recursos económicos para ello basado en la mera expectativa de que le aprobaran un proyecto y unos recursos por la Gobernación.

*Como bien lo cita el juzgador de primera instancia el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 dispone que "ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes… o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue…Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones", norma ignorada por el aquí juzgado…"*PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 27 de mayo de 2010. Proceso con N° de Radicación 083-03236-07. Disciplinado: GERENTE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO "HERNANDO MONCALEANO PERDOMO". Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública

[717] *".. Ahora bien, aunque los contratos que celebran las Empresas Sociales del Estado se rigen por el derecho privado, de acuerdo con el artículo 195 numeral 6º de la Ley 100 de 1993, las partes pactaron, en la cláusula sexta del contrato, que éste se regiría por la Ley 80 de 1993.*

Frente a la situación anterior caben las siguientes interpretaciones

1. La primera es que las Empresas Sociales del Estado se rigen por la Ley 80 de 1993 sólo frente al pacto de cláusulas excepcionales, pues en lo demás deben atender a la disposición anterior que señala que su régimen es de derecho privado…

…En ese sentido, aunque en el contrato se señala que su régimen jurídico será el de la Ley 80 de 1993, esa estipulación no tendría ninguna clase de efecto frente al contrato pues el régimen jurídico aplicable es un asunto atribuido a la ley y ésta señala que el régimen jurídico de los contratos que celebran las Empresas Sociales del Estado es el de derecho privado.

En ese evento, no podría entenderse como violada una disposición reglamentaria de la Ley 80 de 1993, circunstancia por la cual el disciplinado resultaría absuelto.

2. Una segunda interpretación podría ser que si en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se hizo aplicable al contrato celebrado el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, también

4) El Régimen Presupuestal de las ESES no es de Derecho Privado. Ello obliga a los Gerentes a tener en cuenta las normas aplicables a las ESES en materia presupuestal las cuales son, según el artículo 11 de la Ley 225 de 1995 que remite a las normas que rigen los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las contenidas en el Decreto 115 de 1996. Particularmente en el caso de marras, se exige a estas entidades, previamente a la iniciación de cualquier proceso contractual, la verificación de la disponibilidad presupuestal lo que se concreta en el correspondiente CDP (Certificado de Disponibilidad Presupuestal)[718]

---

son aplicables sus decretos reglamentarios, como quiera que esa ley se complementa a través de aquellos.

Sobre este aspecto, en la minuta del contrato se encuentra la siguiente manifestación:

"a) Que en la estructura orgánica y planta de personal del Hospital Eduardo Santos de La Unión Nariño E.S.E., no existe el cargo de Asesor Jurídico". (folio 2 cuaderno 1).

En ese sentido, si bien la manifestación anterior es muy escueta, alude necesariamente a un acto de verificación de la ausencia de personal especializado en planta. Sin que exista en el expediente una prueba fehaciente, derivada de la etapa de investigación, que lleve al Despacho a concluir que existió una omisión.

Por lo anterior, para este Despacho existe duda sobre la responsabilidad del disciplinado, por el cargo de no haber certificado la ausencia de personal en planta, lo cual obliga a que se le absuelva por aplicación del principio de presunción de inocencia, consagrado en la Constitución Política y en la ley disciplinaria.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política reconoce a todas las personas sometidas al proceso disciplinario el principio universal de presunción de inocencia, así mismo el artículo 9 de la Ley 734 de 2002, señala que se presume inocente, a quien se le atribuye una falta disciplinaria mientras no se declare su responsabilidad y que toda duda razonable, durante la actuación disciplinaria, se debe resolver a favor del investigado.

En consecuencia, se absolverá al disciplinado por este cargo…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 29 de julio de 2008. Proceso con N° de Radicación 085-011814-2005. Disciplinado: GERENTE HOSPITAL "EDUARDO SANTOS LA UNIÓN" – NARIÑO. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.

[718] *"…En cuanto al régimen presupuestal aplicable a las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993 estableció que sería el previsto en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto. A su vez, el artículo 11 de la Ley 225 de 1995[718], determinó que a las Empresas Sociales del Estado se les aplicará el régimen presupuestal previsto para la Empresas Industriales y Comerciales del Estado.*

…Por lo tanto, las Empresas Sociales del Estado, para efectos presupuestales, se sujetan al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las cuales se configuran en una clase de entidad descentralizada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 68 de la Ley 489/98, sin embargo, es conveniente recordar y aclarar que las entidades territoriales han debido adoptar su propio Estatuto Orgánico de Presupuesto, el cual no puede diferir sustancialmente del estatuto del nivel nacional…

…Frente al anterior marco normativo, esta Instancia concluye que es requisito indispensable para la asunción de cualquier compromiso u obligación, que pretenda realizar una Empresa Social del Estado, la expedición previa del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, el cual garantiza la existencia de apropiación disponible.

Ahora bien, del análisis realizado sobre el acervo probatorio aportado al investigativo, emerge la materialidad del cargo imputado al señor CARLOS EMIRO MORALES MARTÍNEZ, en su condición de Director del Hospital Nuestra Señora del Perpetuo Socorro de Uribia –Guajira, así como la certeza sobre su responsabilidad subjetiva en la comisión de los mismos por las siguientes razones:

El disciplinado entre los meses de agosto a diciembre de 2003, suscribió las Ordenes de prestación de servicios Nos. No. 182, del 30 de agosto de 2003, fl. 608 cuaderno 4; No. 183, 10 de

5) Resulta obligatorio para los Gerentes de las ESES acatar lo dispuesto en sus manuales de contratación, pues en ellos se plasman sus deberes funcionales en cuanto al desarrollo de la actividad contractual de la entidad[719]. Por lo anterior, se deben observar estrictamente aquellas reglas contenidas en dichos manuales que son la concreción, como ya se dijo, de los deberes en cabeza del Gerente y además, de los principios que orientan el desarrollo contractual de la ESE. En el presente caso por ejemplo, para llevar a cabo un proceso de contratación directa, se presentaron dos firmas oferentes que pertenecían a las mismas personas, estando entonces realmente frente a un solo oferente. De este modo, al impedir la concurrencia de ofertas y la correspondiente escogencia más favorable, se

---

septiembre de 203, fl. 612; Nos. 186, 188, 189, 193, 196, 198, 199, 203, suscritas en el mes de octubre de 2003, folios 614 a 658 cuaderno 4; Nos. 205, 207, 208,209, 210, 211, 212, 213,214,215,216, suscritas el 30 de noviembre de 2003, folios 665 a 697; No. 219 del 7 de diciembre de 2003, fl. 701 de 2003 y No. 220 del 13 de diciembre de 2003, fl. 704 y los Contratos de prestación de servicios, Nos 47, 48, 54, suscritos el 1 de septiembre de 2003 (fls. 513 a 532 cuaderno 3).

Del material probatorio correspondiente al texto de los citados negocios jurídicos se establece que los mismos fueron sucritos sin el respectivo CDP…

….De conformidad con lo expuesto anteriormente, esta Instancia encuentra que el hecho irregular cuestionado en el pliego acusatorio al señor CARLOS EMIRO MORALES MARTÍNEZ, en su condición de Director del Hospital Nuestra Señora del Perpetuo Socorro de Uribia –Guajira, por omitir allegar el certificado de disponibilidad presupuestal previamente al momento de suscribir los contratos y ordenes de prestación de servicios señalados, constituye en una conducta omisiva de la que emerge responsabilidad disciplinaria, por cuanto omitió un deber funcional…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 18 de septiembre de 2008. Proceso con N° de Radicación 089-02411-2004. Disciplinado: DIRECTOR DEL HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL PERPETUO SOCORRO DEL MUNICIPIO DE URIBIA. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

[719] *"…En consecuencia, desde el ámbito de ese empleo contienen una serie de deberes en materia contractual que le corresponde cumplir al Gerente y desde la perspectiva disciplinaria tales disposiciones integran valores y bienes jurídicos, así como fines y funciones institucionales cuyo respeto y cumplimiento se garantiza mediante la ley disciplinaria, específicamente a través de la Ley 200 de 1995, en armonía al artículo 17 de la misma. Adicionalmente, las reglas contenidas en ese estatuto contractual específico y los deberes que en tal materia en esas normas se establecen para los servidores del Sanatorio, se integran a la normatividad disciplinaria y a ellos se remiten los tipos en blanco o abiertos establecidos por la misma, tal como se desprende claramente de las disposiciones de la mencionada Ley 200 de 1995.*

En efecto, para la Sala no existe duda en el sentido de que sobre el Gerente y Representante Legal del Sanatorio Agua de Dios, ESE, recae el deber de respetar las disposiciones contenidas en dicho estatuto contractual, establecido mediante el Acuerdo N° 2 de 2000. Ese deber se protege mediante la norma disciplinaria. Es así como lo prevé el numeral 1 del artículo 40 de la Ley 2000 de 2001, en cuanto allí se establece que son deberes de los servidores públicos cumplir y hacer que se cumplan los estatutos de la entidad correspondiente, los reglamentos y los manuales de funciones. Así mismo, el deber previsto por el numeral 2 de dicho artículo 40 exige que se cumpla con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio encomendado, lo cual se concreta en el cumplimiento y respeto adecuado de las normas contractuales consagradas en el mencionado Acuerdo 2 de 2000. Por último, el numeral 13 ibídem consagra como deber de los servidores públicos el ejercicio de sus funciones consultando siempre los intereses del bien común, los cuales se garantizan con el acatamiento de las normas y procedimientos contractuales establecidos en el estatuto adoptado por la empresa social del Estado en el mentado Acuerdo N° 2…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 25 de enero de 2007. Proceso con N° de Radicación161- 3303 (162-88093). Disciplinado: GERENTE SANATORIO AGUA DE DIOS ESE. Sala Disciplinaria.

violaron los principios de selección objetiva, igualdad, imparcialidad, transparencia, buena fe y obviamente el principio de legalidad por faltar a los requisitos exigidos para la contratación directa según lo disponía el propio Manual de Contratación de la ESE.[720]

Así mismo, resulta importante destacar que los Gerentes de las ESES responden por la correcta destinación de los bienes que se adquieren a través de su actividad contractual, aún en el caso de haberse designado un interventor para el respectivo contrato, porque en su calidad de Gerente le corresponde desempeñar actividades de dirección, coordinación y control del personal de la entidad, en este caso del interventor quien era el Jefe de Almacén, como superior jerárquico de la institución y como director y responsable de la actividad contractual de la entidad.[721]

---

[720] *"…Además se vulneró el principio de selección objetiva porque las dos firmas oferentes, es decir, Quirutexcol Ltda. y Tintorería Iris Ltda., pertenecían exactamente a las mismas personas, que son los señores DANIEL MORENO GAMBOA, MARÍA AMIRA GAMBOA VILLANUEVA y DANIEL MORENO MÉNDEZ, según se acredita con los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá. En estas condiciones al existir tal identidad material entre las sociedades cotizantes, en últimas se estaría frente a un solo oferente, pues no se garantiza la objetividad de la contratación celebrada, en tanto el deber de selección objetiva se vulnera al no presentarse la competencia exigida por el reglamento de contratación que ordena la concurrencia de por lo menos dos ofertas provenientes obviamente de personas distintas que permitan escoger la propuesta más favorable a los intereses de la entidad.*
Por las mismas causas no existe igualdad entre los eventualmente interesados en contratar con la entidad, por esta circunstancia se viola el deber de imparcialidad y de transparencia en la adjudicación del contrato, así como también se afecta la igualdad de competencia y se falta a los requisitos exigidos para la contratación directa de objetos de la cuantía del previsto por el contrato cuestionado, además de que evidentemente no se actúa de buena fe ni por parte de los proponentes ni por la administración que contrata en las condiciones expuestas (artículos 4, 8, 10, 11 y 13 ibídem)…." PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem.

[721] *"…5. En relación con el segundo cargo relativo al hecho de que no todos los bienes adquiridos fueron destinados a los albergues correspondientes, específicamente veinte almohadas de la totalidad de las que fueron compradas por el Sanatorio, conforme fue acreditado en el curso de estas diligencias y se reseñó suficientemente en esta providencia, en el pliego de cargos y en el fallo recurrido, la Sala observa que es jurídicamente procedente endilgar al disciplinado tal irregularidad en su condición de Gerente del Sanatorio, en cuanto al mismo le corresponde desempeñar actividades de dirección, coordinación y control del personal de la entidad y velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos que rigen la gestión de la empresa, como se lo ordenan las funciones previstas por los numerales 4, 6 y 8 del Manual de Funciones de la entidad establecido por la Resolución N° 1192 de 1997, así como los artículos 9 y 17 del estatuto contractual contenido en el Acuerdo N° 2 de 2000. Ello es así en cuanto, además, el disciplinado designó directamente el interventor del referido contrato, labor que correspondió a quien se desempeñaba como Jefe de Almacén de la institución y sobre el cual en ese doble carácter recaía la jerarquía, el control y vigilancia por parte del disciplinado, no solo como director y responsable de la actividad contractual sino como superior jerárquico de la institución.*
En consecuencia, la Sala considera que es procedente mantener el segundo reproche formulado al señor GÓMEZ FRYE, pues al inobservar los deberes mencionados, incurrió en falta disciplinaria por violación de los deberes previstos en los numerales 1, 2 y 13 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995, en concordancia con el artículo 38 del mismo Código, pues no cumplió ni hizo cumplir los estatutos, el Manual de Funciones y reglamentos del Sanatorio de Agua de Dios, ni cumplió con diligencia y eficiencia el servicio encomendado, sin consultar los intereses del bien común, en cuanto los bienes adquiridos mediante el contrato cuestionado en estas diligencias no tuvieron el destino para el que fueron adquiridos. Vale decir, que en este evento la conducta se desplegó a

6) Los principios que los manuales de contratación de las ESES incorporan son de obligatorio cumplimiento. Dichos principios deben orientar la aplicación de las correspondientes reglas que desarrollan el manual.[722] En el presente caso, la exigencia de dos ofertas bajo la modalidad de invitación verbal para contratar, no constituye un mero requisito de formalidad, sino que debe ser interpretado según los principios como el de prevalencia del interés general sobre el particular, para así cumplir los fines de la contratación[723]. En este caso también se advierte que las ESES deben cumplir a cabalidad lo dispuesto en sus manuales en todos sus apartes, y particularmente, en lo que se refiere a los procesos de selección, deben acatar la integralidad de los factores de selección de cada proceso, pues si se

---

título de culpa porque la vigilancia y el control que le correspondía al disciplinado y cuya ausencia se le reprocha, no se realizó a causa del descuido y negligencia en el desempeño de las funciones a su cargo, es decir, por una actuación puramente culposa…" Ibídem

[722] *"…Sin embargo, revisando el material probatorio obrante en el expediente, encuentra este Despacho que le asiste razón al recurrente y quejoso, por cuanto es cierto que tanto el Almacén LA CLAVE, como NEIVAFRIO INGENIERIA, ofertaron aires acondicionados marca SAMSUNG, con lo cual no es cierto, como lo afirmó el señor GÓMEZ CABRERA y al parecer avaló el Procurador Regional, que sólo el Almacén LA CLAVE ofertó aires acondicionados marca SAMSUNG. Al respecto, véase la cotización presentada por NEIVAFRIO INGENIERIA el 3 de abril del 2008 al Hospital Universitario de Neiva, documento en el cual meridianamente se observa que ofertó un aire acondicionado, mini split de 18.000 BTU, marca: CONFORSTAR, SPLENDOR, SAMSUNG, por valor de $1.500.000,oo, y un aire acondicionado, mini splits de 24.000 BTU, marca: CONFORSTAR, SPLENDOR, SAMSUNG, por valor de $.1860.000,oo (folio 34 del cuaderno original); valores que en precio fueron inferiores a los que ofertó el contratista a quien se le adquirieron los equipos, por valor de $1.600.000,oo y $2.050.000,oo respectivamente (folio 33 ibídem).*

Lo anterior, estima esta Delegada, debe ser revisa a la luz del Acuerdo No. 0021 del 6 de julio de 2007, por medio del cual se adoptó el Estatuto de Contratación de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva (folios 37 y siguientes del cuaderno original), el cual de manera expresa sometió la contratación de la E.S.E. a principios tales como el de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y responsabilidad.

Así mismo, dicho estatuto expresamente consignó que la contratación por invitación verbal, se celebraría previa invitación verbal para cotizar con un mínimo de dos (2) ofertas.

En tal sentido, de entrada se observa que el operador disciplinario no sustentó en debida forma su archivo, para lo cual debió haber cotejado la cotización presentada por los dos (2) proponentes, no sólo en cuanto a establecer probatoriamente porqué la ganadora se encontraba en mejores condiciones que la perdedora, sino con miras a establecer si en dicho proceso de contratación se observaron los principios de contratación que consagró el Estatuto de Contratación de la E.S.E., y si a final de cuentas este procedimiento se acomodó al ordenamiento jurídico y por ende a los deberes funcionales que le eran propios dentro de esta contratación…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia. Proceso con N° de Radicación IUS-2010-38474. Disciplinado: GERENTE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE NEIVA E.S.E. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.

[723] *"…Nótese por ejemplo cómo en el CUADRO COMPARATIVO DE COTIZACIÓN de ofertas que obra a folio 30 del cuaderno principal, no se encuentran analizadas las dos ofertas, en cuanto a criterios de forma de pago, tiempo de entrega, garantía y otras especificaciones (señalados en ese mismo documento), lo cual hubiese sido valioso dentro de este proceso; y es que para este Despacho es evidente que si el Manual de Contratación pide para esta monto de contratación un mínimo de dos (2) ofertas, no es simplemente para llenar un requisito formal dentro de un proceso de contratación; debe obedecer precisamente a buscar con ello lograr los fines de la contratación de la E.S.E., con prevalencia del interés general sobre el particular. Este aspecto debe ser necesariamente despejado por el a quo…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem*

establece que no se tiene en cuenta el plazo entonces no se puede tener en cuenta, y si se establecen que son varios los factores pues debe probarse que todos los factores fueron tenidos en cuenta en el momento de adjudicar[724].

7) El presente fallo comienza por reiterar el régimen contractual de Derecho Privado que se aplica a las ESES. No obstante, señala que al constituirse como ejercicio de función administrativa resulta obligatoria también la aplicación de los postulados constitucionales que orientan esta función. Los gerentes en su condición de servidores públicos no pueden, en su defecto, sustraerse del régimen de responsabilidad establecido por el artículo 6° de la Constitución Política[725]. Lo anterior tiene como finalidad principal la protección de los recursos públicos evitando de este modo prácticas de corrupción administrativa[726].

El control sobre la conducta de los funcionarios permite garantizar los principios que orientan la función administrativa y desde luego la actividad contractual de las

---

[724] *Ahora, el señor Procurador Regional consideró que: "…ofrecimiento más favorable no solo es aquel que ofrece a precios más económicos sus productos, sino se debe tener en cuenta otros factores para su escogencia, tales como cumplimiento, calidad, marca, garantía, plazo y eso fue lo que hizo el gerente de la E.S.E., pues adquirió los aires acondicionados que ofrecían mayores ventajas para la institución hospitalaria."; sin embargo, debe decir este Despacho que dentro del expediente no figura prueba idónea alguna frente a la garantía que otorgaba LA CLAVE y que fuese mayor que la que ofrecía NEIVAFRIO, así como tampoco las mejores condiciones de pago del primer oferente sobre el segundo.*
*Finalmente, también se debe decir que el aspecto relativo a la MARCA y la GARANTÍA merece un mayor análisis por parte del a quo, por cuanto precisamente debe despejar si la MARCA de un producto debe ser o no, un factor de escogencia dentro de un proceso de selección; igualmente si el tema de GARANTÍA queda o no superado con las garantías que incluso trae el numeral 17.2 del citado Estatuto de Contratación…"*PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem.

[725] *"…Acorde con la definición dada por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 la E.S.E. Hospital Universitario "Hernando Moncaleano Perdomo" constituye una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y sometidas al régimen jurídico previsto en el artículo 195 ibídem, en donde sus actos en materia contractual no solo se regirán por el derecho privado, sino que adicionalmente podrán optar por la utilización de cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sometida a éste en los temas reservados por la Ley 80 de 1993. Tal preceptiva normativa de la Ley 100 de 1993 permite que las E.S.E., en desarrollo de su objeto de prestar servicios de salud, actúen en igualdad de condiciones con los demás actores económicos particulares, pero ello no significa que escapen a las previsiones constitucionales que rigen la actividad administrativa máxime que se tratan de entidades públicas, cuyos recursos proceden del erario público y los servidores que las gobiernan se supeditan al mandato general de responsabilidad derivado del artículo 6° Superior…"* PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 19 de junio de 2007. Proceso con N° de Radicación 083-2917-2006. Disciplinado: GERENTE DE LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO "HERNANDO MONCALEANO PERDOMO" DE NEIVA, HUILA. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

[726] *"…El marco normativo sobre la responsabilidad inherente a tales servidores públicos que desempeñan la actividad contractual dentro de los diversos órganos que conforman el Estado (incluidas las E.S.E.) o sus delegatarios en tales procesos, se encuentra instituida para amparar y proteger un deber superior el cual es la protección de la integridad del patrimonio público, y ello para evitar actos que podrían enmarcarse en la denominada "corrupción administrativa", con sus consecuencia nefastas para el erario público…"* PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem.

entidades públicas. De los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 constitucional, en especial los de eficacia, economía, moralidad e igualdad, se traduce la obligación de acatar las exigencias del principio de planeación, concretándose éste en el deber de realizar los estudios previos.[727]

Según se señala en el presente caso, dichos estudios previos son del mismo tenor de las normas del Estatuto Contractual, y en los cuales entre otros temas, se encuentra el deber de realizar los correspondientes estudios de mercado del contrato a celebrar[728]. Concluye entonces el órgano de control que el omitir la realización de estudios de mercado como etapa previa al respectivo proceso de contratación, constituyó una violación del principio de planeación y de economía, pues al no existir precisión sobre el precio real de los bienes se pagó un valor excesivo por los mismos, con lo cual obviamente se afectó el patrimonio de la entidad[729].

---

[727] *"…Sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliese los principios definidos en el artículo 209 Superior de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"; y siendo la actividad contractual parte de la actividad administrativa como se ha visto, es esencial que cumpla también los postulados referidos y en especial de eficacia, economía, moralidad e igualdad, lo que se traduce en la obligación de acatar las exigencias del principio de planeación, en particular, la de realizar los estudios previos exigidos por la ley…"* PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem.

[728] *"…la doctrina autorizada ha expuesto lo siguiente:*

"El legislador pone en cabeza de la entidad contratante la obligación expresa de escoger, definir y delimitar el objeto a contratar, para lo cual exige estudios, proyectos, diseños y demás análisis necesarios para el correcto planteamiento de la necesidad de la Administración al momento de dar a conocer a los particulares u otras entidades estatales su deseo de contratar. La ley lo que pretende es que se tenga toda la información como si la misma entidad fuera a ejecutar el objeto del contrato estatal; todo esto porque no solo se compromete el buen funcionamiento de la Administración, sino que además se ve implicado el patrimonio público, y en últimas la consecución del fin principal del Estado, cual es el interés general, todo por medio de la contratación pública.

(…) el análisis de oportunidad y conveniencia de la celebración del contrato (…) implica todo un juicio de valoración por quien ejerce funciones administrativas para que los actos administrativos sean realmente beneficiosos y acordes con los intereses generales. (…) Por ello, se hace necesaria una evaluación previa de la situación, no solamente para llegar a la conclusión de que se necesita el contrato, sino para determinar la figura a utilizar;

(…) Otro de los aspectos concretos que desarrollan la planeación en materia contractual del Estado es el del estudio de las condiciones del mercado para determinar el precio del contrato (…) Esto se prevé con el fin de que en el momento en que el Estado decida contratar tenga a la mano toda la información necesaria para determinar cuánto tiempo, infraestructura, y sobre todo, capital se requieren para llevar a cabo el objeto del negocio.[728]PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem.

[729] *"…Corolario de lo expuesto se tiene que al Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario "Hernando Moncaleano Perdomo", para la época de los hechos, señor JORGE MAURICIO ESCOBAR LÓPEZ, le correspondía la dirección, control y vigilancia de los procesos contractuales de tal Empresa, que no se delegó trámite alguno de dicho proceso, y que a tal actividad como parte de la acción administrativa general le es aplicable los principios y normas constitucionales en procura de proteger la intangibilidad del patrimonio público, entre ellos los principios de economía y planeación contractual previstos en forma expresa en el Acuerdo 003 de 2003 "Estatuto Contractual de la E.S.E". Así también, el reproche disciplinario elevado por el A quo está acorde con el principio de legalidad disciplinaria, tipicidad acorde con el marco constitucional, legal y reglamentario vigente para la época de los hechos, como es el de haberse reprochado el*

Cabe señalar que en el presente caso, la recurrente sostiene en los argumentos de la apelación que en el Manual de Contratación de la entidad no existía un deber expreso de realizar estudios de mercado para iniciar el correspondiente proceso de contratación[730]. El órgano de control desestima el argumento trayendo a colación las normas internas aplicables (Estatuto de la Empresas, Manual Específico de Funciones y Requisitos y por supuesto el Manual de Contratación) de las cuales, según su opinión, se evidencia la obligación de velar por la utilización eficiente de los recursos de la entidad. En particular se resalta que el propio manual incorpora, entre otros, los principios de economía y planeación siendo estos vinculantes en el ejercicio contractual de la ESES[731].

---

incumplimiento de los estudios de mercados como componente del principio de planeación y economía contractual, lo que condujo a omitirse con precisión el precio real de los bienes a adquirir y pagar un valor excesivo por los mismos, afectando el erario público de la E.S.E. Hospital Universitario "Hernando Moncaleano Perdomo"…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem.

[730] *"…Discrepa la recurrente que la exigencia del Manual de Contratación de la E.S.E. de contar con al menos dos ofertas acorde con los precios de mercado se da para los contratos sin formalidades plenas (inferiores a 100 SMMLV) y no para los analizados que son con formalidades plenas; así también, el estudio de mercados de la forma exigida por la Procuraduría para los bienes adquiridos no es factible, como lo reseñan los funcionarios de la E.S.E. ENRIQUE HERRERA LUCUARA, por ser elementos muy especiales y técnicos, por ser inexistente los estudios como lo refiere la funcionaria LUZ NELLY TRUJILLO PEREZ, y por ser la forma adecuada allegar las ofertas de los proveedores como lo anota el señor PITER VEGA ESCOBAR, revisor Fiscal del Hospital Universitario. Sobre el trámite precontractual asumido en el Hospital, la defensa indica que con base en lo acotado por el Subgerente Administrativo MILLER LEON ROA y la responsable del área de suministros LUZ NELLY TRUJILLO PEREZ, son estás dos dependencias las que coordinaban las invitaciones a cotizar y el recibo de las propuestas por lo que no se le puede endilgar responsabilidad al Gerente de la E.S.E. ni a título de culpa y menos de dolo.*
Por lo anterior, se está en presencia de violación del principio de legalidad al imponer una obligación al disciplinado que no está consignada en el Estatuto Contractual de la E.S.E, ni en el Manual de Funciones Específicas, ni en los Estatutos del Hospital, sobre tener un "estudio de precios del mercado", siendo contradictorio el fallo de primera instancia al indicar en uno de sus apartes que se "simuló" el cumplimiento de los requisitos contractuales y los cargos se elevan por "no tener" un estudio de los precios del mercado…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem.

[731] *"… Las anteriores exigencias para la actividad contractual desplegada por la E.S.E. Hospital Universitario "Hernando Moncaleano Perdomo" encuentran concreción en los Estatutos de dicha Empresa Social del Estado en el Acuerdo No 001 del 15 de enero de 2002, "Por medio del cual se adoptan los estatutos de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario "Hernando Moncaleano Perdomo" Neiva- Huila", en su artículo 22 numerales 4, 6 y 28, por los cuales se exige del Gerente, como representante legal de la Empresa, disponer del gasto de acuerdo con las normas legales, velar por el cumplimiento de las leyes y el reglamento al celebrar o suscribir los contratos y convenios de la E.S.E.; en forma concomitante en el Manual Específico de Funciones y Requisitos se le exige velar por la utilización eficiente de los recursos financieros de la entidad[731]. Por último, en el Acuerdo No 003 del 7 de febrero de 2003"Por el cual se adopta el reglamento de contratación de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario "Hernando Moncaleano Perdomo"- Neiva – Huila" se señala en su artículo tercero, entre los principios que deben regir la contratación de la entidad los de transparencia, buena fe, economía, responsabilidad y planeación; principios éstos últimos que son vinculantes para todos los actos derivados de la actuación administrativa contractual que ejecuten los servidores de la E.S.E. Hospital Universitario "Hernando Moncaleano Perdomo".*PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem.

Sin embargo, aclara el ente investigador que si bien es cierto el reproche se fundamenta en la omisión de principios, en el caso particular los de economía y planeación por la ausencia de estudios de mercados, y teniendo en cuenta que no existen normas internas que establezcan la manera de realizar dichos estudios, por ello no se puede considerar violado el principio de legalidad disciplinaria, tal y como lo sostiene la recurrente.

Al tratarse de los principios de economía y planeación su cumplimiento se puede dar de varias formas por ejemplo verificando quienes son los distribuidores, proveedores, representantes exclusivos de los bienes, o el precio asignado por su oferta y/o demanda. Para lo cual, adicionalmente se debe tener en cuenta que el argumento del recurrente no corresponde a los postulados de la dogmática del derecho disciplinario el cual se fundamenta la tipicidad en los denominados tipos abiertos que permiten definir qué comportamientos son considerados lesivos para el buen desempeño de la función administrativa[732].

Finalmente, no se puede dejar pasar la oportunidad para destacar lo manifestado por el ente investigador respecto a la responsabilidad en materia de delegación de funciones contractuales al reiterar que dicha delegación no exime de responsabilidad al delegante, excluyéndose de este modo la aplicación del principio de confianza como causal de exclusión de la misma.

---

[732] *"…En este punto es pertinente aclarar a la recurrente que al tratarse del reproche disciplinario elevado por omisión de principios contractuales, contenidos en el artículo 3º del Acuerdo No 003 de 2003 de la E.S.E., por ausencia de estudio de mercados, componente de los principios de planeación y economía, se trata de conductas a cumplir como hitos, principios o axiomas para el responsable de la contratación y, por tanto, su cumplimiento se puede obtener de diversas vías, en el caso del principio de planeación y de economía con los estudios del valor real de los bienes y servicios ya sea verificando quienes son los distribuidores, proveedores, representantes exclusivos, etc., de los bienes, o el precio asignado por su oferta y/o demanda, más no son formas cerradas a cargo del destinatario de la norma, de allí surge el yerro que refiere la defensora al argumentar que se está elevando un cargo por un comportamiento que no está definido en norma alguna en la cual se consagre la manera de hacer los estudios de precios de los bienes ofertados y así – según su criterio- se vulnera el principio de legalidad disciplinaria. Interpretación ésta última que no consulta la dogmática del derecho disciplinario el cual es estar fundamentada la tipicidad en los denominados tipos abiertos por la imposibilidad de recoger la norma todas las posibles acciones u omisiones en que puede incurrir un servidor público al ejecutar su designio.*
Los eventuales reparos que ha suscitado el denominado sistema de numerus apertus que gobierna el concepto de tipicidad disciplinaria, por utilizar normas generales o abiertas y de reenvío para definir qué comportamientos son considerados lesivos para el buen desempeño de la función pública[732] - que logra independizarse del concepto utilizado en materia penal - encuentra su complemento de concreción y precisión en el segundo elemento del injusto disciplinario, el cual es el denominado principio de antijuricidad o ilicitud sustancial consagrado en el artículo 5º del C.D.U – Ley 734 de 2002 que reza: "Artículo 5. Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna" (subrayado fuera de texto). Y al definirse con precisión por parte del A quo la vulneración de las normas contenidas en el Manual Específico de Funciones y los reglamentos contractuales de la E.S.E. a cargo del disciplinado considera ésta instancia que no prosperará el reproche de la defensa en este punto…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Ibídem.

De este importante fallo, nos permitimos colegir las siguientes conclusiones:

> -El principio de planeación y economía establece el deber funcional a los Gerentes de las ESES de realizar los correspondientes estudios de mercado para iniciar un proceso contractual. Aunque no se señala expresamente que su instrumento de cumplimiento sean los conocidos estudios previos o de conveniencia de que trata el Estatuto Contractual, sí lo supone cuando se establece que el estudio de mercado hace parte integral de aquellos. Por ello, las ESES por obvias razones, decidirán incorporar la obligación de realizar los correspondientes estudios de mercado dentro de los denominados estudios previos, remitiéndose para esto a las normas del Estatuto Contractual. En realidad uno de los deberes, sino el más importante, que impone el principio de planeación y de economía es precisamente la rigurosa elaboración de estudios previos, a través de los cuales se garantiza en gran medida la observancia de estos principios y la protección del patrimonio público.
> -Los principios de planeación y economía no son vinculantes por el simple hecho de ser incorporados en el Manual, porque tal y como lo hemos señalado a lo largo de esta investigación, su obligatoriedad radica en la propia Constitución Política, en leyes que los consagran en especial aquellas que se aplican al régimen presupuestal de las ESES, en las normas reglamentarias que señalan las funciones de los Gerentes de las ESES, y finalmente en otras normas internas de estas entidades, diferentes al Manual de Contratación, que establecen deberes para quienes dirigen y desarrollan la actividad contractual. De esta manera, se concluye que es obligatoria la realización de los correspondientes estudios de mercado.
> -Cuando se trata de la aplicación de principios su observancia no constituye una forma cerrada sino que su cumplimiento se puede obtener de diversas vías. Cabe resaltar entonces que el sistema de *númerus apertus* que rige la tipicidad del derecho disciplinario, le permite a este órgano de control, particularmente cuando nos referimos a la omisión de observancia de principios que rigen la contratación de las ESES, tener un amplio espectro para definir las conductas que eventualmente puedan afectar el buen desempeño de la función administrativa.
> -Por todo lo anterior, se insiste en la importancia que tiene para las ESES el conocimiento de los principios que se deben aplicar a su actividad contractual, para no sólo prevenir eventuales responsabilidades de sus funcionarios, sino para desarrollar una correcta ejecución de los recursos públicos que administran cual es el fin primordial de la aplicación de los principios constitucionales a estos regímenes exceptuados. Resulta imperioso entonces la inclusión de reglas en los Manuales de Contratación que desarrollen y concreten los principios que rigen la actividad contractual.

8) Cuando las ESES decidan incorporar cláusulas exorbitantes en sus contratos, no por ello se aplican automáticamente todas las normas de la Ley 80 de 1993 sino solamente aquellas se refieren a dichas cláusulas. Constituye una

equivocación considerar que en virtud de la incorporación de las cláusulas exorbitantes, y específicamente con fundamento en un pronunciamiento del Consejo de Estado,[733] el régimen jurídico de los contratos se equipara al establecido por el Estatuto Contractual, precisamente porque en un pronunciamiento posterior el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo aclaró su posición.[734]

---

[733] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: JAVIER HENAO HADRÓN. Concepto del 20 de agosto de 1998. Radicación Número: 1127.

[734] *"…El apelante, fundamentándose en el concepto del 20 de agosto de 1998, Consejero Ponente Javier Henao Hadrón, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, afirmó que por mandato expreso del Estatuto de Contratación de la Empresa Social del Estado, los contratos de prestación de servicios en medicina especializada en anestesiología, celebrados por el Hospital, con inclusión en sus textos de cláusulas exorbitantes, se tramitan por la ley 80 de 1993. Manifestó, que con la expedición del artículo 35 del Estatuto de Contratación de la entidad, la Junta Directiva de 1999, buscaba dar aplicación a éste Concepto y dejar expresamente establecido que cuando se pactaran cláusulas exorbitantes, serían contratos estatales que para su celebración, ejecución y liquidación, se regirían por las disposiciones de la ley 80…*

…En síntesis, el concepto mencionado por la apelante, establece la posibilidad de aplicar las normas de la ley 80 cuando se trate de contratos de prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad. Pero para el caso en estudio, no se trata de contratos de prestación de servicios a los que alude el artículo 32 numeral 3º, sino a contratos de prestación de servicios de salud, a los cuales, según el mismo concepto de Henao Hidrón, citado por la disciplinada, no les es aplicable la ley 80 de 1993.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta el concepto con ponencia de Flavio Augusto Rodríguez Arce, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del 16 de abril de 2000, que retoma el concepto de 1998 proferido por Henao Hidrón en materia de los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, y que introduce modificaciones al régimen jurídico aplicable a los contratos de prestación de servicios en los siguientes términos:

*"… el carácter excepcional de la regulación se refleja inequívocamente en la locución "discrecionalmente", ya que mientras los demás contratos estatales deben, de manera general, contener tales cláusulas, en los sometidos al régimen de las empresas sociales sólo se pactarán cuando así estas lo dispongan. Además, si con dicha expresión al Estado se le otorga la facultad para pactar o imponer las referidas cláusulas, sin distinguir su razón, es porque a él se reserva el privilegio de incluirlas cuando lo estime conveniente, esto es, cuando las reglas de derecho privado no le otorguen la garantía para la prestación del servicio público correspondiente …De esta manera, **al disponer la Ley 100 de 1993, en el artículo 195.6, la utilización discrecional de las cláusulas excepcionales excluyó la aplicación general y común de las normas de la Ley 80.***

El régimen de derecho privado de la contratación propio de las demás entidades estatales aparece consagrado en el artículo 13 de la Ley 80, conforme al cual "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes".

*En consecuencia, por voluntad del legislador, **ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado.** Es forzoso concluir, entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas. La Sala reitera esta posición doctrinaria vertida en la Consulta 1127, del 20 de agosto de 1998, según la cual: "Por regla general, en materia de contratación, las empresas sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. **En el caso de que, discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la Ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado". Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente, tuvieran que celebrar los***

9) A pesar de que en el anterior proceso, el ente investigador señala que el pronunciamiento del Consejo de Estado[735] fue aclarado posteriormente por la propia Sala de Consulta y Servicio Civil[736], en el sentido de que en el evento en

---

contratos a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado*…"*[734] *(subrayado fuera de texto).*
Con este concepto, queda claramente establecido que la ley 80 solamente se aplicará a los contratos en que se pacten cláusulas excepcionales, y sólo en lo relacionado con ellas, como las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, y de caducidad en los contratos, por citar algunas, a manera de ejemplo.
…De tal manera que resulta errónea la interpretación que hace la apelante, al artículo 35 del Acuerdo No.31 de 1999, pues cuando éste señala que "cuando se pacte en los contratos las cláusulas exorbitantes, se aplicarán los principios y normatividad del Estatuto de Contratación Estatal", ello debe entenderse ***como la aplicación de la ley 80 pero en lo relacionado exclusivamente con dichas cláusulas y sus efectos, esto es, se aplicarán los procedimientos de la ley 80 en todo lo relacionado con cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad de los contratos.***
De ninguna manera puede entenderse de contera, que a la totalidad del contrato de prestación de servicios de salud, se le deba aplicar el derecho público. ***Se aplicará el derecho privado a la actividad contractual de las ESE en los aspectos relacionados con la formación de los contratos, como su procedimiento de selección (convocatorias o contratación directa) y con la ejecución de los mismos (estipulaciones, obligaciones, efectos)…"***PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 27 de noviembre de 2008. Proceso con N° de Radicación 094-4121-06. Disciplinado: GERENTE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL REGIONAL DE DUITAMA. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública

[735] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: JAVIER HENAO HADRÓN. Concepto del 20 de agosto de 1998. Radicación Número: 1127.

[736] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación Número: 1263
"… el carácter excepcional de la regulación se refleja inequívocamente en la locución "discrecionalmente", ya que mientras los demás contratos estatales deben, de manera general, contener tales cláusulas, en los sometidos al régimen de las empresas sociales sólo se pactarán cuando así estas lo dispongan. Además, si con dicha expresión al Estado se le otorga la facultad para pactar o imponer las referidas cláusulas, sin distinguir su razón, es porque a él se reserva el privilegio de incluirlas cuando lo estime conveniente, esto es, cuando las reglas de derecho privado no le otorguen la garantía para la prestación del servicio público correspondiente …De esta manera, al disponer la Ley 100 de 1993, en el artículo 195.6, la utilización discrecional de las cláusulas excepcionales excluyó la aplicación general y común de las normas de la Ley 80. El régimen de derecho privado de la contratación propio de las demás entidades estatales aparece consagrado en el artículo 13 de la Ley 80, conforme al cual "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes".
En consecuencia, por voluntad del legislador, ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir, entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas. La Sala reitera esta posición doctrinaria vertida en la Consulta 1127, del 20 de agosto de 1998, según la cual: "Por regla general, en materia de contratación, las empresas sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que, discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la Ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado". Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente, tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado…"

que las ESES celebren alguno de los contratos que se enuncian en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993,[737] no por este simple hecho deben aplicar el régimen establecido por el Estatuto Contractual, en el caso bajo análisis la Procuraduría se contradice[738].

[737] Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:
1o. Contrato de Obra…
…2o. Contrato de consultoría…
…3o. Contrato de prestación de servicios…
…4o. Contrato de concesión…
…5o. Encargos fiduciarios y fiducia pública.

[738] *"…Ahora bien, frente a la aplicación de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, El Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil-, con ponencia del doctor JAVIER HENAO HIDRON, en pronunciamiento del 20 de agosto de 1998, aclaró la incertidumbre que existía hasta ese momento, al señalar lo siguiente:*
"Por regla general en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la Ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado. En el evento de que en la contratación que realicen las Empresas Sociales del Estado se pacten las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993, las entidades respectivas deberán dirimir sus controversias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en general, cuando la finalidad de los contratos que celebren esté vinculada directamente a la prestación del servicio. ***Cuando las Empresas Sociales del Estado necesiten celebrar contratos relacionados con la*** *construcción de obras, consultorías,* ***prestación de servicios para desarrollar actividades concernientes a la administración o funcionamiento de la entidad,*** *concesión de obras o de servicios públicos, encargos fiduciarios y fiducia pública,* ***deberán aplicar las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993****, por tratarse de contratos de derecho público que disponen de regulación especial (…)".*
La negrilla del inciso anterior, es para resaltar por parte de esta instancia, teniendo en cuenta que los contratos que se cuestionan en esta investigación, son todos de prestación de servicios.
Así las cosas y al preveer de igual manera el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, que las ESE constituyen una categoría especial de entidad pública, atribuye también, el carácter de empleados públicos, a las personas vinculadas a ellas.
En consecuencia, al tomar posesión como Gerente de la ESE Hospital Felipe Suárez de Salamina Caldas, el doctor DIEGO HERRERA CORREDOR, no solo surgió una relación legal y reglamentaria, sino una sujeción especial con el Estado y principalmente frente a los deberes funcionales que el cargo le imponía.
Con base en lo anterior, el hecho de la naturaleza especial de las ESE, que legalmente en forma general le permite regirse por normas civiles y comerciales, que regulan la actividad contractual del sector privado, no por ello puede validamente afirmarse como argumento de absolución del encartado, que las disposiciones del Estatuto Contractual eran inaplicables al caso actual, si se tiene en cuenta el pronunciamiento del Consejo de Estado, transcrito anteriormente.
Como consecuencia de lo anterior, al ostentar la calidad de servidor público, el señor Diego Herrera Corredor, por desempeñar el cargo de Gerente de la ESE Hospital "Felipe Suárez" de Salamina, Caldas, conlleva implícitamente ser destinatario de la Ley disciplinaria de conformidad con el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, cuando quiera hubiere afectado el deber funcional sin justa causa." PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda instancia. Proceso con N° de Radicación 79-2677-07. Disciplinado: GERENTE HOSPITAL FELIPE SUÁREZ SALAMINA (CALDAS). Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública.

En efecto, al referirse la investigación a contratos de prestación de servicios profesionales, se trae a colación el concepto aclarado y, con fundamento en éste y en el carácter de servidor público que detenta el Gerente de la ESE, se concluye que los deberes establecidos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993[739], en cuanto a la obligación de requerir de la aprobación de las garantías y de la existencia de las disponibilidades presupuestales para poder ejecutar el correspondiente contrato, sí resultan aplicables a la actividad contractual de estas entidades.

Lo anterior, tiene un efecto negativo pues profundiza la incertidumbre jurídica de la cual hemos insistido a lo largo de este trabajo. Tal vez, la evidente contradicción radica en que los fallos pertenecen a delegadas diferentes, pero sin lugar a dudas con base en el primer fallo, cuando celebren alguno de los contratos señalados en el citado artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las ESES remitirán el régimen jurídico aplicable a las normas del Estatuto Contractual, soslayando la aclaración realizada por el propio Consejo de Estado y reconocida por la Procuraduría General en otros pronunciamientos disciplinarios.

En este sentido por ejemplo, la Procuraduría General en otros fallos[740] ha decretado la nulidad del proceso disciplinario, precisamente al resaltar que a partir

[739]Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 41.DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.
Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda…

[740]*"…Las Empresas Sociales del Estado en materia contractual se rigen por las reglas del derecho privado, salvo algunas excepciones, caso en el cual se aplican las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 (Régimen de la contratación administrativa). Así lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en reiteradas ocasiones…*
Ahora bien, lo anterior fundamenta lo señalado al inicio de este capítulo respecto a que la adecuación típica de la conducta irregular descrita en el cargo formulado, no corresponde a la normatividad aplicable para las Empresas Sociales del Estado, pues éstas en materia contractual no se rigen por la ley 80 de 1993, sino por las disposiciones aplicables para la contratación privada, que por lo general se plasman en un manual interno de contratación.
Entonces, siendo el pliego de cargos la pieza procesal, en la cual se concretiza fáctica y normativamente una imputación de naturaleza provisional, respecto de la ocurrencia probable de una conducta constitutiva de falta disciplinaria, con el fin de que el implicado ofrezca explicaciones sobre el reproche disciplinario efectuado, es deber citarle las normas aplicables. De no ser así, se vulnera el debido proceso, en cuanto que no se está juzgando conforme "a leyes preexistentes al acto que se imputa", como lo exige el artículo 29 de la Carta Política. Produciéndose ante el error en la interpretación jurídica una vulneración sustancial al principio de la legalidad de las faltas…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia, 19 de febrero de 2007. Proceso con N° de Radicación 035-0947-04. Disciplinado: GERENTE UNIDAD BÁSICA DE ATENCIÓN "NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN". Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.
En otro fallo, en el mismo sentido se señaló lo siguiente:

de este Concepto queda claro que el régimen jurídico aplicable a las ESES es de Derecho Privado, con la salvedad de la aplicación de las normas relacionadas con las cláusulas exorbitantes del Estatuto Contractual cuando las ESES decidan incorporarlas discrecionalmente. Así, se incurre en una violación al debido proceso, cuando el fundamento de los cargos elevados en contra de funcionarios investigados se fundamenta en la violación de normas de la Ley 80 de 1993 y no en las reglas propias de sus manuales contractuales, que en últimas son las que definen su régimen jurídico.

10) Por último, y por tratarse de un pronunciamiento del propio Procurador General de la Nación, se reitera que la aplicación del Derecho Privado a las ESES no significa que los Gerentes puedan desconocer el principio de responsabilidad, el cual les obliga a no omitir o extralimitar las disposiciones normativas que circunscriben sus actuaciones y que se encuentran contenidas en los manuales de funciones y de contratación de la respectiva entidad[741].

"…En cuanto al régimen jurídico aplicable en materia de contratación a las Empresas Sociales del Estado, en virtud del numeral 6° del mismo artículo 195 de la Ley 100, se regirán por el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
Así las cosas, tenemos que la adecuación típica de las conductas irregulares descritas en los cargos que la Procuraduría Regional de Bolívar le formuló a la señora MARGARITA YAMILE POSADA MUÑOZ, en su condición de Gerente del Hospital Local Santa Bárbara de Pinto E.S.E., no corresponde a la normatividad aplicable para las Empresas Sociales del Estado, toda vez que estas entidades en materia contractual no se rigen por la Ley 80 de 1993, sino por las disposiciones aplicables para la contratación privada.
Adicional a lo anterior, a pesar de que en una de la cláusulas de algunos de los contratos investigados se estipuló que se regirían por la Ley 80 de 1993 y de más normas concordantes y que el contrato es ley para las partes, al proceso no se allegó copia de los estatutos del Hospital Local Santa Bárbara de Pinto E.S.E., ni el manual de contratación de la entidad, de manera que no es posible establecer si la empresa se ciñó a los procedimientos establecidos para adelantar la contratación, máxime cuando en el pliego de cargos no se le señaló el mismo como norma violada.
Por lo tanto, se configura la causal de nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 143 de la Ley 734 del 2002, esto es, la "existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso."; por no corresponder la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación Pública, a la normatividad aplicable a las Empresas Sociales del Estado, por lo tanto, la adecuación típica de las conductas irregulares descrita en los cargos formulados a la disciplinada, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, justamente por no estar la disciplinada sujeta a las previsiones legales de dicho estatuto; no existiendo, por lo tanto, medio procesal distinto para convalidar la irregularidad presentada.
Así lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1263 del 6 de abril del 2000. Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce)…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 25 de octubre de 2007. Proceso con N° de Radicación: 75-2548-2003. Disciplinado: GERENTE HOSPITAL SANTA BÁRBARA DE PINTO – MAGDALENA. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública

[741] *"…Así las cosas y teniendo en cuenta, que el hecho de que la Empresa Social del Estado ESE Hospital Federico Lleras Acosta de la ciudad de Ibagué se rija en materia de contratación por el derecho privado no significa que se puedan desconocer por parte del disciplinado en su condición de Gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta los deberes funcionales señalados en los numerales 11 y 14 del manual de funciones contenido en los Acuerdos 173 del 20 de diciembre de 2004 y 195 del 3 de mayo de 2006, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1 de la Ley 734 de 2002, como tampoco puede significar el desconocimiento del principio de responsabilidad*

2.2 Corolario

A partir del estudio de los rasgos característicos del régimen contractual de las ESES, se hace evidente la aplicación preponderante de aquellos que tienden al Derecho Público, aunque superficialmente exista una tendencia hacia el Derecho Privado derivado de la aceptación general de las normas civiles y mercantiles como principal referente del régimen jurídico aplicable a la actividad contractual de las ESES.

Ello, por un lado, en gran medida confirma lo que ya hemos puesto de relieve en esta investigación, la indeterminación jurídica que existe en torno al alcance de la aplicación de los principios que rigen la función administrativa sobre la contratación de las ESES y las eventuales responsabilidades que su incorrecta aplicación puedan generar, lo cual produce un efecto nocivo, pues estas entidades deciden optar, como ya se dijo, por adoptar en sus normas internas de forma prevalente las normas del Derecho Público cuya principal referencia la constituye el Estatuto Contractual. Así mismo, cuando las ESES adoptan disposiciones internas teniendo como referente la aplicación del Derecho Privado, en últimas resultan ser adaptaciones del régimen propio de la contratación pública.

De esta manera, los aspectos sometidos al Derecho Privado son entendidos simplemente como una disminución de la rigurosidad propia de las normas del Estatuto Contractual, y no, como consecuencia de las reales necesidades y objetivos de las ESES como entidades que prestan servicios de salud en un ámbito de competencia.

Se advierte un contexto poco favorable para la dinámica propia de estas entidades. Se requiere con apremio, ese justo medio que determine con claridad los alcances de este régimen mixto, acoplando el escenario real de mercado propio de este tipo de entidades con el eficiente y transparente manejo de los recursos públicos a su cargo, en pro del buen funcionamiento del servicio público de la salud.

Esto solo es posible si se supera la concepción tradicional de protección del patrimonio público exclusivamente con la aplicación rigurosa de requisitos, procedimientos y excesivos controles. Esta premisa no se puede entender como la

---

por omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones y que era de obligatorio cumplimiento para el disciplinado el reglamento de contratación adoptado por el Hospital mediante Acuerdo 142 del 6 de marzo de 2003 especialmente en lo referente al procedimiento de contratación con formalidades plenas previsto en su artículo 17, surge necesario para este despacho al haber quedado demostrado probatoriamente en el grado de certeza exigido por el artículo 142 de la Ley 734 de 2002 la responsabilidad del disciplinado frente a este cargo, confirmar lo concluido por la primera instancia respecto al mismo…" PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de Segunda Instancia del 31 de mayo de 2011. Proceso con N° de Radicación154-142099-2006. Disciplinado: GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ. Despacho Procurador General de la Nación.

prevalencia del Derecho Administrativo sobre el Derecho Privado, pues es necesario que en estos aspectos especiales uno se sirva del otro.

Las ESES además de ser orientadas por organismos de control, quienes por mandato de la Constitución y la Ley propenden por la protección de los dineros públicos, deben contar con la capacitación y asesoría por parte de agremiaciones privadas que den cuenta de los instrumentos, herramientas, procedimientos, Códigos de Buen Gobierno, Manuales de Buenas Prácticas que implementan las empresas de este sector para lograr estándares eficientes en el cumplimiento de sus metas y objetivos. Por ejemplo, en este aspecto las Cámaras de Comercio jugarían un papel muy importante.

Sin lugar a ningún tipo de hesitación, este tema se convierte en uno de los retos actuales del Derecho Administrativo que supone una concientización, por parte de quienes nos dedicamos al ejercicio y al estudio de esta área del Derecho Público, de los verdaderos alcances de la aplicación del régimen privado a las entidades públicas. Lo anterior, nada más y nada menos, se traduce en la nueva piel del Derecho Administrativo que el profesor MIR PUIGPELAT[742] señala como necesaria, en los siguientes términos:

"…Por eso, considero que dicho proceso de huida debe servir para que los administrativistas examinemos de forma crítica y no gremial la normativa que nosotros mismos hemos ayudado a edificar, identificando los aspectos que hayan podido quedar desfasados y proponiendo nuevas soluciones, a la búsqueda de un nuevo y necesario equilibrio entre limitaciones y prerrogativas administrativas, que se ajuste mejor a las necesidades de la sociedad y la Administración pública actuales. En algunos casos la regulación existente seguirá siendo válida, y deberemos criticar la sumisión al derecho privado, un derecho no concebido para satisfacer las peculiares exigencias de lo público; pero en otros no lo será, y habrá que redefinirla. Dicha redefinición será, sin duda, el mejor freno a la huida del Derecho Administrativo…El Derecho Administrativo del siglo veintiuno, el Derecho administrativo de la segunda modernidad, requiere una nueva piel, nuevas técnicas, nuevos instrumentos. Los administrativistas debemos ayudar a confeccionarla, no tratar de seguir enfundándolo en la vieja piel, una piel en muchos aspectos inservible, demasiado rígida y poco flexible…"

[742] MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Civitas Ediciones, Madrid 2004. Página 241-243

CONCLUSIONES

1) El Derecho Administrativo se configura como un sistema de normas y principios especiales, diferentes a aquellos que se establecen para el Derecho Privado. A pesar de ello, estas dos ramas del derecho se han relacionado desde siempre, conviviendo separadamente pero teniendo muchos puntos en común. En este escenario irrumpe la denominada huida del Derecho Administrativo, que particularmente referido a la contratación pública presenta dos manifestaciones concretas, a saber: i) La adopción de instituciones contractuales propias del Derecho Civil y Comercial; y ii) La aplicación como regla general del Derecho Privado a algunas entidades públicas, configurándose así la existencia de los llamados regímenes excepcionales.

2) La primera manifestación de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado señalada, tiene su referente histórico principal en la dicotomía: Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración. Esta teoría originada en el derecho francés, estableció variados criterios que pretendían diferenciar dicha dualidad contractual y, en consecuencia, determinar la aplicación de las normas propias del Derecho Administrativo o del Derecho Privado junto con el correspondiente conocimiento por parte de la jurisdicción contencioso administrativa u ordinaria. Entre ellos encontramos, entre otros, el criterio subjetivo, el criterio de la jurisdicción, el criterio formal, el criterio del fin de utilidad pública y el criterio de la cláusula exorbitante.

3) Bajo este panorama de aplicación de normas privatistas a la contratación estatal, se encuentra la segunda manifestación del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado. Nos referimos a la existencia paralela de regímenes contractuales de entidades públicas que no aplican el Estatuto Contractual, los cuales han sido establecidos por normas de rango constitucional y legal, incluso a través de normas que contiene la propia Ley 80 de 1993.

4) En este contexto de excepciones de aplicación del Estatuto Contractual se encuentran las Empresas Sociales del Estado (ESES), las cuales son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, constituyéndose como una categoría especial de entidades públicas descentralizadas, sujetas principalmente al régimen previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994.

5) Se ha presentado una vuelta o repliegue del Derecho Administrativo a sus huestes características, cuando se aprecia la tendencia sostenida por la doctrina, la jurisprudencia, los organismos de control y luego incorporada por el propio legislador mediante la Ley 1150 de 2007, de exigir a estas entidades exceptuadas la observancia en su actividad contractual de los principios que rigen la función administrativa contenidos en los artículos 209

y 267 constitucionales y, a su vez, el sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades propio del Estatuto Contractual. Este repliegue ha configurado entonces la existencia de un régimen jurídico común que debe tener en cuenta cualquier entidad pública, incluyendo también lógicamente a las Empresas Sociales del Estado, cuando desarrollen su actividad contractual, independientemente que se encuentren sometidas o no al Estatuto Contractual.

6) La aplicación obligatoria de los principios que componen el régimen común no constituye una simple recomendación para estas entidades, sino que realmente tiene un efecto *ius publicista* en la órbita del Derecho Privado que en éstas prevalentemente se impone, lo cual se traduce en el deber de establecer reglas de contratación internas que garanticen la aplicación de estos principios. Según jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, los principios son normas jurídicas con carácter obligatorio, que sirven de fundamento, interpretación e integración del ordenamiento jurídico, y que adicionalmente se caracterizan por tener una textura abierta. Por ello, necesitan ser concretados en cada circunstancia en particular, lo cual se realiza de manera más simple cuando existen normas en el Estatuto Contractual que desarrollan los principios, pero cuando las entidades o el tipo de contratación excepcionalmente no se rigen por la Ley 80 de 1993, se está ante una dificultad mayor puesto que la concreción de los principios depende, en gran medida, de las formulas, instrumentos y procedimientos contractuales que adopten dichas entidades en sus respectivos manuales internos.

7) En la doctrina no existe uniformidad frente al alcance de la aplicación de los principios. Unos afirman que se aplican en todas las fases de la contratación, otros afirman que los que se refieren al procedimiento no se aplican, por otro lado algunos defienden una intensidad menor de aplicación teniendo en cuenta que se trata de un régimen especial, contrario sensu, otros consideran que en últimas los regímenes excepcionales se ven obligados a incorporar en sus manuales las normas del Estatuto Contractual pues no existen normas que desarrollen los principios constitucionales en el Derecho Privado. En suma, no existe desarrollo y claridad frente a cómo se traduce en la actividad contractual de estos regímenes especiales la puesta en práctica de los principios constitucionales.

8) Los principios que se aplican en virtud del régimen común no sólo se limitan a los que se encuentran consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, sino que en este catálogo obligatorio es preciso hacer referencia al conjunto de principios consagrados en toda la extensión del ordenamiento jurídico. Estos incluyen, por supuesto, aquellos que tienen fundamento en diversas disposiciones de nuestra Norma de Normas y en otros importantes instrumentos legales como el Nuevo Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Ley 489 de 1998 o el

Nuevo Estatuto Antitrámites, pues todos ellos orientan el ejercicio de la función administrativa y esa, en nuestra opinión, resulta ser la verdadera intención del legislador al establecer la obligación de observar los principios que rigen esta particular actividad del Estado. Adicionalmente, si bien es cierto se podría concluir que no resultan aplicables los principios consagrados propiamente por Ley 80 de 1993 al tratarse de regímenes exceptuados, no se puede soslayar que la actividad contractual del Estado, independientemente del régimen aplicable, constituye una expresión importante del ejercicio de la función administrativa. Por ello, de contera se deben tener en cuenta los principios que adopta el Estatuto Contractual, como patrones orientadores, en la medida en que estos son manifestaciones particulares y se relacionan estrechamente con aquellos que rigen la función administrativa en estos casos sí de obligatoria observancia. Claro está, se enfatiza que las reglas que desarrollan estos principios aplicables a la contratación estatal pueden servir de orientación al régimen de contratación que establezcan y desarrollen las entidades exceptuadas, pero consideramos que no deberían replicarse en estricto sentido.

9) A título enunciativo, dentro del grupo de principios que consideramos deben tener en cuenta las Empresas Sociales del Estado así como las demás entidades exceptuadas encontramos los siguientes: 1. Principio de igualdad; 2. Principio de moralidad administrativa; 3. Principio de eficacia; 4. Principio de economía; 5. Principio celeridad; 6. Principio de imparcialidad; 7. Principio de publicidad; 8. Principio de coordinación; 9. Principio de legalidad; 10. Principio de prevalencia del interés general; 11. Principio del debido proceso; 12. Principio de planeación; 13. Principio de la buena fe; 14. Principio de la confianza legítima; 15. Principio de participación; 16. Principio de responsabilidad; 17. Principio de transparencia; 18. Principio de selección objetiva; 19. Principio del equilibrio económico del contrato; 20. Principio de libre concurrencia; 21. Principios de la gestión fiscal (eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de los costos ambientales)

10) Los principios se constituyen entonces en la guía fundamental de estas entidades, introduciendo un marco de referencia para tener en cuenta en la elaboración de sus disposiciones internas, lo que implica una labor reflexiva y juiciosa, pues la consagración de los principios permite conocer cuáles son, cuál es su alcance, qué implicaciones tienen sobre el proceso contractual y cuáles son las normas dentro del respectivo manual que van a permitir su aplicación y correspondiente protección. Se instituyen así como la razonable ponderación entre el Derecho Privado que las rige y el Derecho Público que se les aplica por el hecho de ser entidades del Estado. Sin embargo, la observancia de estos principios no se puede traducir en la aplicación rigurosa de las reglas que el Estatuto Contractual establece para su efectiva materialización, es decir, las entidades exceptuadas no deberían replicar en estricto sentido las normas generales sobre contratación pública al pretender cumplir con el mandato de la Ley 1150 de 2007, pues haría

nugatoria la intención de dotar a estas entidades de un régimen diferente al establecido en la Ley 80 de 1993, por ejemplo en relación con las ESES, la intención del legislador plasmada en la Ley 100 de 1993 de posibilitar a estas entidades la prestación de los servicios de salud en un modelo de competencia de mercado propio del Sistema de Seguridad Social en Salud vigente

11) Para dar aplicación a los principios de obligatoria observancia, las ESES deben diseñar un manual de contratación en el cual se materialicen las modalidades de selección del contratista, las obligaciones por parte de los contratantes, las formas de publicidad de los actos que desarrollen la actividad contractual, los mecanismos con que cuentan los contratistas para asegurar el equilibrio económico del contrato, el contenido de las convocatorias, pliegos de condiciones o documentos que se asimilen, los términos de las diversas etapas contractuales, etc. Todo esto dirigido a evitar prácticas contractuales arbitrarias y contrarias al interés general, que pueden tener como modelo los referentes normativos del Estatuto Contractual pero adaptados a las especiales necesidades de este tipo de entidades estatales. De este modo, también se cumpliría con la intención de la Ley 1150 que no fue otra distinta que reforzar las herramientas de control al uso de los recursos públicos, aunque algunas entidades estatales se rijan por normas de Derecho Privado.

12) Adicionalmente al mandato expreso señalado por la Ley 1150 de 2007, específicamente el ordenamiento jurídico consagra un régimen especial en materia contractual para las Empresas Sociales del Estado que establece que estas entidades se rigen por el Derecho Privado, pero pueden discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto Contractual. Este régimen especial mezcla elementos de Derecho Privado y de Derecho Público, a partir de lo cual se puede inferir, por lo menos inicialmente, que las ESES en su actividad contractual deben aplicar preponderantemente el Derecho Privado y sólo excepcionalmente el Derecho Público en la medida en que se incorporen las cláusulas exorbitantes. En consecuencia, este régimen mixto conlleva que en la práctica las ESES incorporen en su actividad contractual rasgos que aplican prevalentemente tanto el Derecho Público así como el Derecho Privado.

13) Los rasgos que tienden por la aplicación prevalente del Derecho Público principalmente giran en torno a la aplicación de las cláusulas exorbitantes, convirtiéndose en ciertos casos en verdaderos imperativos para tener en cuenta en el régimen contractual de las ESES. Por ejemplo, cuando las ESES deciden incorporar cláusulas exorbitantes a sus contratos, se deben aplicar las normas del Estatuto Contractual que desarrollan estas prerrogativas que a su vez se encuentran limitadas por reglas que materializan principios (debido proceso, buena fe, equilibrio económico), resaltando adicionalmente que, la discrecionalidad otorgada en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, se refiere única y exclusivamente a la decisión

de incorporar o no incorporar el régimen de cláusulas exorbitantes establecido en el Estatuto Contractual. Dicha discrecionalidad no se puede extender al desarrollo concreto de las cláusulas exorbitantes como tal, porque éstas se encuentran reguladas integralmente por aquel compendio normativo. Estas entidades no podrían entonces aplicar sólo una o algunas, o modificar, reducir o ampliar su esfera de acción y aplicación, porque se insiste, en esta órbita ya opera el carácter reglado y excepcional que impera en las normas del Estatuto Contractual, que resulta de obligatorio cumplimiento cuando las ESES deciden discrecionalmente incorporar aquellas cláusulas a su actividad contractual.

14) A partir del análisis de los rasgos característicos del régimen contractual de las ESES, se evidencia en la práctica una tendencia a aplicar reglas que establecen la prevalencia del Derecho Público, replicando para ello las normas del Estatuto Contractual. Esta situación puede tener su fundamento en el mandato de cumplir los postulados constitucionales y legales de obligatoria observancia, situación en la que influye determinantemente el temor de los servidores públicos ante eventuales responsabilidades que su incorrecta aplicación pueda generar. Sin embargo, siguiendo la intención del legislador al dotar a estas entidades de un régimen contractual acorde con el ejercicio propio de sus funciones, no consideramos coherente ni apropiada esta práctica.

15) Igualmente se evidencia del análisis práctico de los rasgos característicos del régimen contractual de las ESES que, cuando estas entidades adoptan disposiciones internas teniendo como referente la aplicación del Derecho Privado, en últimas resultan ser adaptaciones del régimen propio de la contratación pública. De esta manera, los aspectos sometidos al Derecho Privado son entendidos, en su mayoría, simplemente como una disminución de la rigurosidad propia de las normas del Estatuto Contractual, y no, como consecuencia de las reales necesidades y objetivos de las ESES como entidades que prestan servicios de salud en un contexto de competencia.

16) El Derecho Privado no puede ser identificado como un ordenamiento permisivo a las prácticas corruptas, ni mucho menos catalogado como un derecho ausente de controles. Además, la propia contratación privada ha introducido principios que buscan la transparencia y efectividad de la gestión contractual. Tampoco se puede soslayar que, importantes principios aplicados por el Derecho Público, tales como la noción de orden público, el interés general, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa y el deber de buena fe, tienen su origen en el Derecho Privado.

17) La falta de conocimiento del régimen privado conlleva, entre otras consecuencias, la exclusión de herramientas tan importantes como los Códigos de Buen Gobierno y los Manuales de Buenas Prácticas que las empresas de este sector implementan en el ejercicio de su gestión contractual.

18) Si bien el Estatuto Contractual no incluye las multas y la cláusula penal en su artículo 14 como cláusulas exorbitantes o excepcionales, no se puede descartar de tajo su aplicación por parte de las ESES. Considerar que las ESES sólo pueden discrecionalmente incorporar en sus contratos aquellas cláusulas consagradas en el artículo 14 del Estatuto Contractual, desconoce el fundamento general del régimen de exorbitancia que se establece en este mismo artículo y sin el cual en muchas ocasiones la entidad estatal no podría cumplir con los fines de la contratación pública. Estas prerrogativasque se establecen con el exclusivo objeto de apremiar al contratista para que cumpla sus obligaciones, se asocian a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración, así como a la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. Sin embargo, resulta imperativo tener en cuenta que estas facultades exorbitantes proceden cuando la ESE ha incorporado en su Manual de Contratación la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes en los contratos que celebre, donde expresamente se establezca, tal y como se sostuvo anteriormente, el deber de dirigir, controlar y vigilar la ejecución del contrato, pues éste será el fundamento de todo el conjunto de prerrogativas: cláusulas exorbitantes y multas y cláusula penal pecuniaria. Igualmente, si se pretende incorporar lo relativo a las multas y a la cláusula penal pecuniaria, así como lo expresamos frente a las cláusulas exorbitantes, es deber de la entidad exceptuada incluir dicha facultad en los términos exactos que establece el Estatuto Contractual. En estos eventos, sí se hace necesario replicar o remitirse a estas normas generales, porque al ser prerrogativas no pueden ser tomadas por partes.

19) Aunque con la Ley 80 de 1993 se haya avanzado a una nueva categoría de denominación contractual pública, no podemos desconocer que al tener vigencia los otrora criterios diferenciadores, propios de la teoría clásica del contrato administrativo de derecho francés, cual es en el caso de las ESES la posibilidad de estipular discrecionalmente las llamadas cláusulas exorbitantes, también es razonable discutir la vigencia de la famosa dicotomía contractual de la Administración Pública. Sin embargo, consideramos que al derogarse la diferenciación entre Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración, no podríamos tener en cuenta esta categoría legalmente inexistente, por lo que los contratos celebrados por las ESES pueden denominarse contratos estatales, contratos estatales especiales, contratos especiales o contratos estatales regidos por el derecho privado, tal y como lo ha hecho la jurisprudencia , o contratos con recursos públicos como se desprende de la intención de la Ley 1150 de 2007, pero no Contratos Administrativos o de Derecho Privado de la Administración a la usanza de la teoría clásica ya derogada, en la medida en que se decida incorporar o no cláusulas exorbitantes.

20) Las ESES celebran especialmente contratos de compraventa de servicios de salud, de prestación de servicios profesionales, de outsourcing, de asociación con otras ESES para ofertar servicios de salud, para proveer insumos, para beneficiarse de economías de escala o para desarrollar funciones administrativas propias como los sistemas de control interno, interventorías, auditorías etc. Adicionalmente, las ESES celebran contratos que ordinariamente celebra cualquier entidad del Estado como los de suministro, arrendamiento, comodato, consultoría, sólo por enunciar algunos ejemplos. De este modo, la tipología contractual por excelencia utilizada por las ESES es el denominado contrato de compraventa de servicios de salud, a través del cual: el contratante, ente territorial o entidad pública o entidad de naturaleza privada, adquiere con destino a un grupo poblacional determinado, la prestación de servicios de salud que el contratista, persona de derecho privado o público se compromete a brindar en los términos contractuales y de conformidad con los preceptos constitucionales y legales del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

21) Las ESES pueden actuar en esta relación contractual de compraventa de servicios en condición de contratante así como de contratista, interactuando con entidades territoriales, con EPS públicas o privadas y con IPS públicas y privadas. Así, se puede afirmar que cuando la ESE actúa como contratante se aplican las normas de Derecho Privado que las rige, en virtud de lo señalado por el ya mencionado artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, si la ESE actúa como contratista y el contratante es una entidad territorial (por ejemplo para ejecutar acciones de salud pública en la promoción y prevención) se podría colegir que el régimen jurídico aplicable sería de Derecho Público en razón a que la tipología se enmarcaría en un convenio o contrato interadministrativo regido por el Estatuto Contractual, por ser la entidad territorial una de aquellas que se rigen por la Ley 80 de 1993. Sin embargo, no compartimos esta posición pues, si bien es cierto la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción establece que cuando en un convenio o contrato interadministrativo la entidad ejecutora no se rija por la Ley 80 de 1993, la ejecución del mismo se regirá por esta normatividad, también lo es que, la misma norma establece una excepción en el caso que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad, situación que se presenta claramente respecto a los contratos de compraventa de servicios de salud que celebran las ESES. En el caso que la parte contratante sea una EPS pública el régimen jurídico es de Derecho Privado, al tenor del régimen que estableció frente a este tipo de entidades la Ley 1122 de 2007. Si se trata de una EPS privada el régimen de Derecho Privado aplicable resulta evidente. En este mismo sentido, se aplica el régimen de Derecho Privado frente a relaciones contractuales con IPS públicas o privadas.

22) Atendiendo la aclaración realizada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, es preciso resaltar que la tipología de contrato utilizada por las ESES no incide en el régimen jurídico aplicable. De este modo, si estas entidades celebran alguno de los contratos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no por este simple hecho se debe aplicar el Estatuto Contractual y no el régimen de Derecho Privado que estableció el legislador, tal y como lo sostuvo en alguna oportunidad esta misma Corporación. Sin embargo, es importante señalar que en virtud de la jurisprudencia constitucional cuando una ESE celebra un contrato de prestación de servicios sí deben observar rigurosamente las reglas que, la Constitución y la ley, han establecido respecto a esta tipología contractual. En este caso específico entonces, se constituye en un imperativo la aplicación del derecho propio de la contratación estatal a un régimen exceptuado del Estatuto Contractual.

23) Se advierte entonces un contexto poco favorable para la dinámica propia de estas entidades. Se requiere con apremio, ese justo medio que determine este régimen mixto, acoplando el escenario real de mercado propio de este tipo de entidades con el eficiente y transparente manejo de los recursos públicos a su cargo, en pro del buen funcionamiento del servicio público de la salud.

24) Este escenario de indeterminación jurídica propiciado en gran medida por el fenómeno de la huida, sugiere un llamado a la doctrina científica, la jurisprudencia, al ejecutivo y al legislador, para que, a partir de sus ámbitos competenciales, se proporcionen las herramientas necesarias que permitan que no sólo las ESES, sino las demás entidades sujetas a regímenes especiales, puedan cumplir con las obligaciones propias de quien maneja recursos públicos pero al mismo tiempo logren incorporar instrumentos flexibles y dinámicos del Derecho Privado, los cuales posibiliten el cumplimiento de sus objetivos institucionales de manera eficiente y autosostenible.

25) Conscientes que la tarea no es fácil, esperamos que el presente trabajo investigativo socialice el debate y otorgue algunos elementos adicionales con los que este tipo de entidades cuentan en la actualidad, contribuyendo de alguna manera en la optimización de sus procesos contractuales. Esto solo es posible si se supera la concepción tradicional de protección del patrimonio público exclusivamente con la aplicación rigurosa de requisitos, procedimientos y excesivos controles. Esta premisa no se puede entender como la prevalencia del Derecho Administrativo sobre el Derecho Privado, pues es necesario que en estos aspectos especiales uno se sirva del otro.

26) Las ESES además de ser orientadas por organismos de control, quienes por mandato de la Constitución y la Ley, propenden por la protección de los dineros públicos, también deben contar con la capacitación y asesoría por parte de agremiaciones privadas que den cuenta de los instrumentos,

herramientas, procedimientos, Códigos de Buen Gobierno, Manuales de Buenas Prácticas que implementan las empresas de este sector para lograr estándares eficientes en el cumplimiento de sus metas y objetivos. Por ejemplo, en este aspecto las Cámaras de Comercio jugarían un papel muy importante.

27) Sin lugar a ningún tipo de hesitación, este tema se convierte en uno de los retos actuales del Derecho Administrativo que supone una concientización por parte de quienes nos dedicamos al ejercicio y al estudio de esta área del Derecho Público, de los verdaderos alcances de la aplicación del régimen privado a las entidades públicas. Lo anterior, nada más y nada menos, se traduce en lo que se ha denominado “la nueva piel del Derecho Administrativo”.

BIBLIOGRAFÍA

ACUERDO NÚMERO 03 DEL 29DE ABRIL DE 2010 “Por el cual se modifica el Acuerdo 005 de 2004, Reglamento de Contratación Hospital Rafael Uribe Uribe Empresa Social del Estado”

ACUERDO NÚMERO 010 DEL 13 DE OCTUBRE DE 2009 “Por medio del cual se deroga el Acuerdo de Junta Directiva No. 006 de Agosto 31 de 2005 y sus acuerdos modificatorios y se expide el nuevo Manual de Contratación de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER.”

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Derecho Administrativo y Globalización. Civitas Ediciones. Madrid 2004.

ARAÚJO OÑATE, Rocío. El Procedimiento Administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano. En Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa. Presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. ABERASTURY, Pedro –BLANKE, Hermann J. (coordinadores).Editorial Eudeba - Fundación Konrad Adenauer. 2012

ARAÚJO OÑATE, Rocío, Editora Académica. La Ley 1150 de 2007. Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2011

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Segunda Edición Actualizada. Legis, 2012.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El régimen de la contratación pública en derecho europeo. En “Reforma al régimen de contratación estatal”. Universidad de los Andes. 2010

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Universidad Externado de Colombia. 2003.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. La constitucionalización del derecho privado de los contratos.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta No. 19. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución. No. 24.Título: Buen Fe. Ponentes: Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero. 4 de marzo de 1991

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Contratación de Empresas Estatales en Sector de los Servicios Públicos. En: “Temas de Contratos Estatales”. Biblioteca Jurídica Dike, 2010

ATEHORTÚA RIOS, Carlos Alberto. Inhabilidades, control y responsabilidad en la Contratación Estatal. 1° edición, Biblioteca jurídica Dike, 1995.

BALBIN, Carlos F. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. ediciones la Ley. Buenos aires 2008.

BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal. Ente el Derecho Público y el Derecho Privado. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia.

BENDECK OLIVELLA, Jorge. Los pilares fundamentales de la Contratación Administrativa. Página 18. En “Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa” Primera Edición. Ediciones Rosaristas 1994.

BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Ediciones de Palma, Buenos Aires 1980

BETANCUR CUARTAS, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Seña Editores. Séptima edición. 2009.

BREWER CARIAS, Allan R. Estudios de Derecho Administrativo. Ediciones Rosaristas 1986.

BREWER CARIAS, Alan. La evolución del concepto de contrato administrativo. Conferencia dictada el 26 de julio de 1978 en el Curso Internacional sobre “El Derecho Administrativo en Latinoamérica”

BREWER CARIAS, Allan R. Los principios del procedimiento administrativo en la ley 1437 de 2011 a la luz del derecho comparado Latinoamericano. En Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011

BREWER CARÍAS, Allan R. Principios del Procedimiento Administrativo. Editorial Civitas, S.A. 1990.

BRITO RUIZ, Fernando. “El debido proceso en las actuaciones administrativas” Páginas 390-410. En Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez –Editores- Universidad del Rosario 2005.

CABALLERO ORTÍZ, Jesús. ¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación? En: El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan Brewer Carias. Tomo II Tercera Parte.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. Tercera edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CASSAGNE, Juan Carlos. Las empresas públicas y el régimen de sus actos y contratos. En "Reforma al régimen de contratación estatal". (Comp.) DE VIVERO ARCINIÉGAS, Felipe. Universidad de los Andes. 2010

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda y MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón. La Contratación Estatal, Teoría General. Perspectiva comparada y regulación internacional. Editorial Universidad del Rosario. 2010.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

CORREA PALACIO, Ruth Stella. El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal. Páginas 1 – 44. En "Reforma al régimen de contratación estatal". (Comp.) DE VIVERO ARCINIÉGAS, Felipe. Universidad de los Andes. 2010

COVIELLO, Pedro José. "La Protección de la Confianza del Administrado". Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

DEL CASTILLO, Edmundo. El principio de transparencia en la reforma del Estatuto de la Contratación Administrativa. En www.aplegis.com

DEL CASTILLO, Edmundo. La Ley 1150 de 2007. Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? ARAÚJO OÑATE, Rocío, Editora Académica. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2011

DE VEGA PINZÓN, Gabriel. "LA RELACION JURÍDICO PROCESAL ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS ADMINISTRADOS. La Democracia administrativa: la evolución de los derechos de los administrados - Un bosquejo sobre el caso colombiano-". Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI. Derecho Procesal, Tomo V. Obra Conmemorativa de los ochenta años del Restablecimiento de la Pontificia Universidad Javeriana. Editorial TEMIS - Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

DE VIVERO ARCINIÉGAS, Felipe. "Análisis crítico de la Ley 1150 de 2007", páginas 59 -74, En "Reforma al régimen de contratación estatal". (Comp.) DE VIVERO ARCINIÉGAS, Felipe. Universidad de los Andes. 2010.

DE VIVERO ARCINIÉGAS, Felipe. (Comp.) “Reforma al régimen de contratación estatal”. Universidad de los Andes. 2010.

DOMÍNGUEZ GIRALDO, Gerardo e HIGUITA RIVERA, Lina María. El nuevo control fiscal. Tercera edición 2002. Biblioteca Jurídica Dike

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Séptima edición. Ediciones Ciudad Argentina. 1998.

DROMI, Roberto. El Acto Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina.

DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. Elementos del Contrato Estatal. Colección Estudios de derecho. Universidad Jorge Tadeo Lozano.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Reimpresión 2003.

ESCOLA, Héctor Jorge. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989.

ESPINOSA PÉREZ, Beatriz y ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (Editoras). Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate. Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas-Biblioteca Jurídica DIKE, 2008.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN COLOMBIA. Algunas recomendaciones para su incorporación. Artículo resultado de la investigación terminada. “La teoría y filosofía de los principios y valores jurídicos en el Estado constitucional de derecho”, financiada por la Universidad de Medellín.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, USAID Programa Cimientos. Cartilla de competencias en delitos contra la Administración Pública.
FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1958.

GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Manual Básico de Derecho Administrativo. Cuarta edición. Tecnos 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Thomson Civitas, Madrid, octava edición, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Ediciones Civitas. 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La figura del Contrato Administrativo. Madrid. Revista de Administración Pública N° 411. Instituto de Estudios Políticos, mayo agosto de 1963.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma? Thomson-Civitas. 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo a CINCHILLA, CLOZANO, B. y DEL SAZ, S., Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo, UNED-Civitas, Madrid, 1992.

GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, volumen II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1975.

GÓMEZ HURTADO, Alvaro. DISCURSO EN LA CLAUSURA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Colección documentos que hicieron un país. Archivo General de la Nación.

GOMEZ LEE, Ivan Darío. El Derecho de la contratación pública en Colombia. Legis. Primera Edición, 2012.

GÓMEZ LEE, Ivan Darío. Historia y actualidad en nuestra Contratación Pública. En X Jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación Estatal. BENAVIDES RUSSI, José Luis y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Directores). Universidad Externado de Colombia. 2010

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Quinta edición. Civitas, Thomson-Reuters. 2009.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del Administrado. Primera Edición colombiana 1998. Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike,

GUASTINI, Riccardi “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Neoconstitucionalismo. Segunda edición, Trotta, 2005,

Hernández Gamarra, Antonio. Editorial “Para enfrentar la corrupción”. Revista Economía colombiana. Edición 307. Contraloría General de la República. 2005

HERRERA BARBOSA, Benjamín. Contratos Públicos. Reimpresión 2004. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

IBAÑEZ NAJAR Jorge Enrique, Las Funciones Públicas y la Estructura del Estado para cumplirlas. Ediciones Justicia y Desarrollo Sostenible. 2006

JARAMILLO PÉREZ, Iván. El futuro de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993 cinco años después. Cuarta edición. FESCOL, FES, FRB, Fundación Corona.

JEZE, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo IV. Teoría General de los Contratos de la Administración. Editorial Depalma, Buenos aires 1950.

LAFONT PIANETTA, Pedro. Manual de Contratos. Tomo I, Segunda edición. Librería Ediciones del Profesional LTDA

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos estatales. Temis 2007.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Principios fundamentales en la Constitución de 1991. Ediciones Jurídicas Rada. Santafé de Bogotá, 1994.

LARENZ, Karl. Derecho de las Obligaciones Tomo I: Editora Revista de Derecho Privado. Madrid 1958.

LOZADA PIMIENTO, Nicolás Ernesto. En torno al régimen de contratación de las empresas sociales del Estado. En Revista Derecho del Estado. No. 18, junio de 2006. Universidad Externado de Colombia.

MAIRAL, Héctor A. "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas", en GOEDILLO, Agustín A (dir). El contrato administrativo en la actualidad, La Ley, Buenos Aires, 2004.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III A. Contratos Administrativos. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970.

MINISTERIO DE GOBIERNO. Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. República de Colombia. 1994.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Cartilla de Presentación del Estatuto Anticorrupción. Primera Edición 2011. Imprenta Nacional de Colombia.

MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Civitas Ediciones, Madrid 2004.

MISAS Gabriel, OVIEDO Mónica y FRANCO Andrea. Un marco analítico para entender la corrupción. En Revista Economía colombiana. Edición 307. Contraloría General de la República. 2005)

MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. "La nueva estructura de los procesos selectivos en la contratación estatal, análisis integral". Ediciones nueva jurídica, 2009.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Perspectivas del constitucionalismo moderno. En Teoría Constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

NARANJO FLÓREZ, Carlos Eduardo. El nuevo régimen de contratación de la Administración Pública. En “Régimen de Contratación Estatal”. Compilador Jorge Pino Ricci.

OROZCO AFRICANO, Julio Mario:(2010) Evaluación técnica y jurídica de la apertura del Hospital Universitario del Caribe, Edición electrónica gratuita.

PÁEZ MURCIA, Ángela María. La modernización del sistema de contratación estatal en Colombia: ¿La huida del derecho administrativo? En Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. Ediciones Paredes Tomo 3.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La Contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, Reimpresión 2004.

PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria – Poderes de la Administración. En “Reforma al régimen de contratación estatal”. (Comp.) DE VIVERO ARCINIÉGAS, Felipe. Universidad de los Andes. 2010

PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales”, en La Ley 1150 de 2007. Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?. ARAÚJO OÑATE, Rocío, Editora Académica. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2011

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo I, Parte General. Decimoséptima Edición. Marcial Pons Ediciones S.A Jurídicas, Madrid 2008.

PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO A., ORTEGA ÁLVAREZ, L. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Arial Derecho.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Quinta edición, Temis.

PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia.

POLO FIGUEROA, Juan Alberto. Elementos de Derecho Administrativo. Universidad Sergio Arboleda.

PRIETO SANCHÍS, Luis Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.

QUINTERO MUNERA, Andrés, MUTIS VANEGAS Andrés. Los Contratos del Estado en la Ley de 1983. Fundación Social – Temis. 1995.

RAMÍREZ, Juan Carlos. El Contrato Administrativo. Evolución histórica. Monografías jurídicas No. 71. TEMIS 1990.

RAMÍREZ PLAZAS, Jaime. Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2008.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. En "El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI". Editor académico: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Universidad del Rosario, 2007

ROA SALGUERO, David Alonso y FERRER LEAL, Héctor Enrique. La falta disciplinaria en la contratación estatal. Ediciones Nueva Jurídica.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. La participación ciudadana dentro de los procesos ambientales. Análisis del caso colombiano. En "Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas " ZAMBONINO PULITO, María (Directora). Iustel. Madrid, 2010

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, Nuevos Contratos Estatales. Primera Edición 1994. Librería Jurídicas Wilches.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y colombiano. Octavo edición. Temis. SALGUERO BUSTO, Gonzalo. Contratos Administrativos. Doctrina, jurisprudencia e interpretación de la Contratación Administrativa. Octava edición.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. Lettresécrites de la Montagne, Lettre VIII (en la edición Ocuvres complete de la Bibliotheque de La Pléiade, tomo III, París, 1964

SALGUERO BUSTO, Gonzalo. Contratos Administrativos. Doctrina, jurisprudencia e interpretación de la Contratación Administrativa. Octava edición.

SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe. Cómo violar las normas de contratación estatal. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá D.C, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general. Editorial Tecnos Madrid 2007.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. El acto administrativo. Teoría General. Tercera edición. Legis. 2004.

SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés. Contratación Estatal y Contratación en Salud del Estado Colombiano. Compendio Teórico Práctico. Grupo Editorial Ibañez. 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. Tomo I. Segunda edición. Iustel 2009.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. 2004.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general, sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Artículo publicado en la Revista de Derecho Administrativo. Director Juan Carlos Cassagne. No. 67. Enero – Marzo de 2009. Buenos Aires, Bogotá, México, Santiago. Abeledo-Perrot.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual. Ley 1150 de 2007. Compiladores: BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Universidad Externado de Colombia, 2009.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Cuarta Edición. Montevideo 1974.

SARRIA OLCOS, Consuelo. “La participación administrativa en Colombia” En “Constitucionalismo, participación y democracia”. Librería Ethos-Uniboyacá. 1997

SIERRA PORTO, Humberto A. “LA PROBLEMÁTICA DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA: CRITERIOS PARA SU ANALISIS” Conferencia presentada como Magistrado de la Corte Constitucional en el VI encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Septiembre 5 de 2010.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Ediciones Librería del Profesional. Edición 1994.

SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Memorias de la Reforma a la Contratación Pública. En Memorias de Renovación del Estado 2002-2010. Departamento Nacional de Planeación

SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. “La Nueva Contratación Pública en Colombia“. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Primera edición. LEGIS, 2009.

SUÁREZ TAMAYO, David. Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la Contratación Estatal. En: “Temas de Contratos Estatales”. Biblioteca Jurídica Dike, 2010

TAFUR GALVIS, Álvaro. Estudios de Derecho Público. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1997.

TAFUR GALVIS, Álvaro. La huida de la Administración hacia el derecho privado en Colombia. Página 448. En: "Ensayos jurídicos LiberAmicorum en homenaje al profesor Carlos Holguín Holguín." Ediciones Rosaristas – Biblioteca Jurídica Dike. Primera edición. 1996

VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la Teoría de la Responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2008.

VEDEL, George. Derecho Administrativo. Biblioteca Jurídica Aguilar

VIANA CLEVES, M.J. El Principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo colombiano. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. Legis, Bogotá, 2008.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Los contratos de la administración pública colombiana: experiencias de derecho público y de derecho privado, Bogotá.

VIDAL PERDOMO, Jaime. La evolución del Derecho Administrativo Colombiano durante el siglo XX. En Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. Ediciones Paredes Tomo 1.

VIDAL PERDOMO, Jaime. El sistema de fuentes del derecho. Debate con el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Tema 9. En: El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana. Fundación BBVA – Civitas.

YOUNES MORENO, Diego Curso de Derecho Administrativo. Séptima edición. Temis.

ZAMBRANO CETINA, William." Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." En Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 4 de julio de 1997. Radicación número: 9523

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.C.P. JAVIER HENAO HIDRÓN Concepto del 20 de agosto de 1998. Radicación número: 1127.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ. Sentencia del 20 de agosto de 1998. Radicación número: 14202

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 15 de febrero de 1999. Radicación número: 11194

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Concepto del 6 de abril de 2000. Radicación número: 1263

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Sentencia del 22 de junio de 2000. Radicación número: 12723

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Sentencia del 29 de junio de 2000. Radicación número: AP-001

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR. Sentencia del 31 de agosto de 2000. Radicación número: 17903;

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MARÍA ELENA GIRALDO GOMEZ. Sentencia del 25 de enero de 2001. Radicación número: 9672

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA.C.P RICARDO HOYOS DUQUE.Auto de 8 de febrero de 2001. Radicación número: 16661

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Auto de 5 de abril de 2001.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Sentencia del 19 de julio de 2001.Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 20 de septiembre 2001. Radicación número: 08001-23-31-000-1995-5451-01(10989)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 22 de noviembre de 2001. Radicación número: 70001-23-31-000-1996-5720-01(14852)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE.Auto del 30 de enero de 2003.Radicación Número11001-03-26-000-2002-0032-01(23058).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 5 de febrero de 2004.Radicación número: 25000-23-24-000-2002-1964-01(AP).

CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Sentencia del 15 de abril de 2004. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00056-01(25561)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1991-7466-01(12960)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 21 de abril de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6387-01(10875)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Sentencia del 15 de julio de 2004. Radicación número: 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 10 de marzo de 2005. Radicación: 25000-23-26-000-2003-01195-01(AP)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 16 de marzo de 2005. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Sentencia del 31 de marzo de 2005. Radicación número: 25000-23-15-000-2002-02739-01(AP)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 14 de abril de 2005. Radicación número: 19001-23-31-000-2004-00826-01(AP)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 16 de junio de 2005. Radicación número: 19001-23-31-000-2004-01575-01(AP)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Radicación número: 14567

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 16 de febrero de 2006. Radicación número: 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. C.P: DARIO QUIÑONES PINILLA. Sentencia del 16 de marzo de 2006. Radicación número 11001-05 (3194)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Sentencia del 16 de marzo de 2006. Radicación número: 70001-23-31-000-2004-00118-02(AP)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Sentencia del 26 de abril de 2006. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 26 de abril de 2006. Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación 25000-23-26000-1991-07664-01(14287)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00509-01(AP)

CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 08 de marzo de 2007. Radicación número: 85001-23-31-000-1999-00500-01(16228)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: GUSTAVO APONTE SANTOS. Sentencia del 17 de mayo de 2007. Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00035-00(1822)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 19001-23-31-000-1999-01067-02(24710)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Sentencia del 4 de junio de 2008. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783);

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 19 de junio de 2008. Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00005-01(AP)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO Y LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO. Sentencia del 19 de junio de dos mil ocho 2008. Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887)

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C. P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 30 de julio de 2008. Radicación número: 50012325000199501905 01(21574)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. . Sentencia del 30 de julio 2008. Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00782-01(15342)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR. Sentencia del 1 de diciembre de 2008. Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-31-000-2000-13018-01(16653)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493)

CONSEJO DE ESTADO. SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. SECCION TERCERA. C.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 26 de febrero de2009. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02608-01(30329)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Auto del 1 de abril de 2009. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMIISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. M.P: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Aclaración de voto a la sentencia del 22 de abril de 2009. Radicación número: 11001032600020080073 00.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". C.P: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Radicación número: 52001-23-31-000-2002-01023-02(0506-08)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. C.P: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON. Sentencia del 10 de diciembre de 2009. Radicación número: 05001-23-31-000-2009-01273-01(AC)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación número: 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto del 14 de abril de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Concepto del 20 de mayo de 2010. Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. C.P: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON. Sentencia del 3 de junio de 2010. Radicación numero: 11001-03-28-000-2009-00043-00

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 23 de Junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. C.P: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00115-01

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Sentencia del 29 de noviembre de 2010. Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Sentencia del 31 de enero de 2011.Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)

CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 15 de febrero de 2011. Radicación numero: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. C.P: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ. Sentencia del 17 de febrero de 2011. Radicación número: 25000-23-15- 2010-03113–01(AC)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 7 de marzo de 2011. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. C.P: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Sentencia del 06 de abril de 2011. Radicación número: 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Radicación número: 17001-23-31-000-1996-03070-01(17863)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 11 de mayo de 2011. Radicación número 11001-03-26-000-1996-01544-01(11544)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 25 de mayo de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C, ocho (08) de junio de dos mil once (2011). Radicación Número: 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. C.P: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Sentencia del 29 de septiembre de 2011. Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00862-01

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 27 de enero de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04175-01(19932)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 1 de febrero de 2012. Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Radicación número: 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 15 de febrero de 2012. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00202-01(19730)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. C.P: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E). Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicación numero: 25000-23-15-000-2011-00213-01(PI)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 23 febrero de 2012. Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 14 de marzo de 2012. Radicación número: 68001-23-15-000-2002-02183-01(AP)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B). C.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 28 de mayo de 2012. Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA SECCION TERCERA. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

GAMBOA. Sentencia del 24 de abril de 2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. M.P: CIRO ANGARITA BARON

Sentencia T-442 del 19 de junio de 1992. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia C-449 del 9 de julio de 1992. M.P: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Sentencia C-472 del 23 de julio de 1992. M.P: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia T-491 del 13 de agosto de 1992. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia T-552 del 7 de octubre de 1992. M.P: FABIO MORON DIAZ

Sentencia C-020 del 28 de enero de 1993. M.P: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Sentencia T- 103 del 11 de marzo de 1993. M.P: FABIO MORON DIAZ

Sentencia C-046 del 10 de febrero de 1994. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia T-056 del 14 de febrero de 1994. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia T-206 del 26 de abril de 1994. M.P: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Sentencia T-220 del 4 de mayo de 1994. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994.M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia C-053 del 16 de febrero de 1995. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995. M.P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Sentencia T-605 del 13 de noviembre de 1996. M.P: JORGE ARANGO MEJÍA

Sentencia C-178 del 29 de abril de 1996. M.P: ANTONIO BARRERA CARBONELL

Sentencia T-438 de septiembre 17 de 1996. M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Sentencia C-337 del 17 de julio de 1997. M.P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Sentencia C-429 del 4 de septiembre de 1997. M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

SentenciaC-475 del 25 de septiembre de 1997. M.P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia T-068 del 5 de marzo de 1998, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Sentencia C-478 del 9 de septiembre de 1998 M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia T-731 del 27 de noviembre de 1998. M.P: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Sentencia C-035 del 27 de enero de 1999.M.P: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Sentencia C-161 del 17 de marzo de 1999, M.P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Sentencia C-327 del 12 de mayo de 1999. M.P:CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999. M.P: VLADIMIRO NARANJO MESA

Sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999 M.P:ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Sentencia C-429 del 4 de septiembre de 1999. M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-383 del 5 de abril 2000. M.P: ÁLVARO TAFUR GALVIS

Sentencia C-646 del 31 de mayo de 2000. M.P: FABIO MORON DIAZ.

Sentencia C-665 del 8 de junio de 2000. M.P:JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000.M.P: ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Sentencia T-487 del 11 de mayo de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

Sentencia T-637 del 15 de junio de 2001. M.P: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Sentencia C-815 del 2 de agosto de 2001 M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001.M.P: JAIME ARAUJO RENTERIA.

Sentencia C-917 del 20 de agosto de 2001. M.P:ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia C- 892 del 22 de agosto de 2001 M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

Sentencia C-1051 del a de octubre de 2001 M.P: JAIME ARAUJO RENTERIA

Sentencia T-366 del 10 de mayo de 2002.M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002. M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Sentencia C-649 del 13 de agosto de 2002.M.P: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Sentencia C-887 del 22 de octubre de 2002. M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Sentencia C-095 del 11 de febrero de 2003. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

Sentencia C-384 del 13 de mayo de 2003. M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Sentencia T-486 del 12 de junio de 2003M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Sentencia C-629 del 29 de julio de 2003. M.P:ÁLVARO TAFUR GALVIS

Sentencia C-651 del 5 de agosto de 2003. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

Sentencia C-872 del 30 de septiembre de 2003. M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Sentencia T-064 del 29 de enero de 2004.M.P: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Sentencia C-314 del 1 de abril de 2004. M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

Sentencia T-985 del 8 de octubre de 2004 M.P HUMBERTO SIERRA PORTO

Sentencia SU-389 del 13 de abril de 2005. M.P: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P:RODRIGO ESCOBAR GIL

Sentencia C-849 del 17 de agosto de 2005.M.P: ALVARO TAFUR GALVIS

Sentencia C-1083 del 24 de octubre de 2005. M.P: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006. M.P: JAIME CORDOVA TRIVIÑO.

Sentencia C-988 del 29 de noviembre de 2006. M.P: ALVARO TAFUR GALVIS

Sentencia T-1088 del 14 de diciembre de 2006. M.P: ALVARO TAFUR GALVIS

Sentencia C-319 del 3 de mayo de 2007. M.P: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Sentencia C-860 del 17 de octubre de 2007. M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007. M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

Sentencia T-048 del 24 de enero de 2008. M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

Sentencia T-173 del 21 de febrero de 2008.M.P: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Sentencia C-259 del 11 marzo de 2008. M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Sentencia C-335 del 16 de abril de 2008 M.P: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Sentencia C-690 del 9 de julio de 2008.M.P: NILSON PINILLA PINILLA

Sentencia C-693 del 9 de julio de 2008.M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

Sentencia C-713 del 13 de julio de 2008. M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Sentencia T-723 del 22 de julio de 2008. M.P: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 1010 del 16 de octubre de 2008. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Sentencia C-353 del 20 de mayo de 2009. MP: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Sentencia T-545 del 6 de agosto de 2009. M.P: MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009. M.P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Sentencia T-580 del 27 de julio de 2010 M.P: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Sentencia T-698 del 6 de septiembre de 2010. M.P : JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Sentencia T-308 del 28 de abril de 2011. M.P: HUMBERTO SIERRA PORTO

Sentencia C-371 del 11 de mayo de 2011M.P: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Sentencia C-790 del 20 de octubre de 2011. M.P: NILSON PINILLA PINILLA.

Sentencia C-030 del 1° de febrero de 2012. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. M.P: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. Sentencia del 2 de agosto de 2001. Expediente No. 6146

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Sentencia del 3 de junio de 2005. Referencia: Expediente No. 22.636-01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. M.P: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Sentencia del 9 de abril de 2008. Proceso No 27216.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. Sentencia del 16 de junio de 2008. Referencia: 11001-3103-005-1996-11843-01.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. M.P: WILLIAM NAMÉN VARGAS. Sentencia del 27 de febrero de 2012. Referencia: 11001-3103-002-2003-14027-01.

LEYES

LEY 19 DE 1982

LEY 57 DE 1985

LEY 10 DE 1990

LEY 21 DE 1992

LEY 30 DE 1992

LEY 31 DE 1992

LEY 42 DE 1993

LEY 60 DE 1993

LEY 80 DE 1993

LEY 99 DE 1993.

LEY 100 DE 1993

LEY 105 DE 1993

LEY 139 DE 1994

LEY 142 DE 1994

LEY 143 DE 1994

LEY 105 DE 1994

LEY 115 DE 1994

LEY 179 DE 1994

LEY 222 DE 1995

LEY 226 DE 1995

LEY 182 DE 1995

LEY 335 DE 1996

LEY 388 DE 1997

LEY 397 DE 1997

LEY 418 DE 1997

LEY 489 DE 1998

LEY 599 DE 2000

LEY 610 DE 2001

LEY 643 DE 2001

LEY 715 DE 2001

LEY 734 DE 2002

LEY 828 DE 2003

LEY 850 DE 2003

LEY 901 DE 2004

LEY 1118 DE 2006

LEY 1122 DE 2007

LEY 1150 DE 2007

LEY 1341 DE 2009

LEY 1369 DE 2009

LEY 1437 DE 2011

LEY 1438 DE 2011

LEY 1444 DE 2011

LEY 1454 DE 2011

LEY 1474 DE 2011

LEY 1480 DE 2011

LEY 1508 DE 2012

LEY 1523 DE 2012

EXPOSICIÓN DE MOTIVOSLEY 80 DE 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS LEY 1150 DE 2007. Gaceta del Congreso No.458 de 2005. Proyecto de Ley No. 20 de 2005 Senado "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".

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS LEY 1437 DE 2011. Gaceta del Congreso No. 1173 de 2009. Proyecto de Ley No. 198 de 2009 Senado "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS LEY 1474 DE 2011. Gaceta del Congreso No. 607 de 2010. Proyecto de ley número 142 de 2010 Senado "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"

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. Proyecto de Ley No. 210 de 2013 Senado "Por medio de la cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"

INFORME DE CONCILIACIÓN DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 156 DE 2011 SENADO, 228 DE 2012 CÁMARA "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones" en la Gaceta del Congreso No. 381 del 19 de junio de 2012.

INFORME DE CONCILIACIÓN DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 227 DE 2012 SENADO, 134 DE 2011 CÁMARA, ACUMULADO PROYECTO DE LEY NÚMERO 133 DE 2011 "Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática" en la Gaceta del Congreso No. 343 del 12 de junio de 2012.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 01 DE 2010 SENADO Y SUS ACUMULADOS, 106 CÁMARA (MAYORITARIA) "Por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", en Gaceta del Congreso No. 913 del 17 de noviembre de 2010.

DECRETOS

DECRETO LEY 150 DE 1976

DECRETO LEY 528 DE 1964

DECRETO LEY 222 DE 1983.

DECRETO LEY 01 DE 1984

DECRETO LEY 393 DE 1991

DECRETO LEY 591 DE 1991

DECRETO 1876 DE 1994

DECRETO 111 DE 1996

DECRETO 115 DE 1996

DECRETO 139 DE 1996

DECRETO 536 DE 2004

DECRETO 4747 DE 2007

DECRETO 2474 DE 2008

DECRETO LEY 4170 DE 2011

DECRETO LEY 019 DE 2012

DECRETO 734 DE 2012

DECRETO 1510 DE 2013

PORTALES DE INTERNET:

http://www.comprasdelestado.info/site/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=61

https://www.contratos.gov.co

http://www.transparenciacolombia.org.co

http://dialnet.unirioja.es

http://www.banrepcultural.org

http://www.procuraduria.gov.co

http://www.corteconstitucional.gov.co

http://www.consejodeestado.gov.co

http://www.secretariasenado.gov.co

http://www.hus.gov.co

http://www.eserafaeluribe.gov.co

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER. Circular Conjunta No. 034 del 28 de octubre de 2011.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER. ANEXO Circular Conjunta No. 034 del 28 de octubre de 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"

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva 007 del 13 de junio de 2011 sobre Publicación de Procesos Contractuales en el SECOP.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. RECOMENDACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS PREVIOS – Aplicación del Principio de Planeación en la Contratación de las Entidades Públicas-. Programa de Apoyo al Fortalecimiento Institucional de la Procuraduría General de la Nación. Impresión PUBLICULTURAL S.A. Bogotá, Abril de 2010.

Fallo de Segunda Instancia del 6 de septiembre de 2006. Proceso con N° de Radicación 161-3171(156-142445/2006). Disciplinado: ALCALDE DE VILLAVICENCIO. Sala Disciplinaria.

Fallo de Segunda Instancia del 28 de agosto de 2006. Proceso con N° de Radicación 074–4291-2004. Disciplinado: GERENTE DEL HOSPITAL TOMÁS URIBE. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.

Fallo de Segunda Instancia del 25 de enero de 2007. Proceso con N° de Radicación161- 3303 (162-88093). Disciplinado: GERENTE SANATORIO AGUA DE DIOS ESE. Sala Disciplinaria.

Fallo de Segunda Instancia, 19 de febrero de 2007. Proceso con N° de Radicación 035-0947-04. Disciplinado: GERENTE UNIDAD BÁSICA DE ATENCIÓN

“NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN”. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

Fallo de Segunda Instancia del 19 de junio de 2007. Proceso con N° de Radicación 083-2917-2006. Disciplinado: GERENTE DE LA E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO “HERNANDO MONCALEANO PERDOMO” DE NEIVA, HUILA. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

Fallo de Segunda Instancia del 25 de octubre de 2007. Proceso con N° de Radicación: 75-2548-2003. Disciplinado: GERENTE HOSPITAL SANTA BÁRBARA DE PINTO – MAGDALENA. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública

Fallo de Segunda Instancia del 29 de julio de 2008. Proceso con N° de Radicación 085-011814-2005. Disciplinado: GERENTE HOSPITAL “EDUARDO SANTOS LA UNIÓN” – NARIÑO. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.

Fallo de Segunda Instancia del 18 de septiembre de 2008. Proceso con N° de Radicación 089-02411-2004. Disciplinado: DIRECTOR DEL HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL PERPETUO SOCORRO DEL MUNICIPIO DE URIBIA. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública

Fallo de Segunda Instancia del 27 de noviembre de 2008. Proceso con N° de Radicación 094-4121-06. Disciplinado: GERENTE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL REGIONAL DE DUITAMA. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública

Fallo de Segunda Instancia. Proceso con N° de Radicación IUS-2010-38474. Disciplinado: GERENTE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE NEIVA E.S.E. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.

Fallo de Segunda instancia. Proceso con N° de Radicación 79-2677-07. Disciplinado: GERENTE HOSPITAL FELIPE SUÁREZ SALAMINA (CALDAS). Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública.

Fallo de Segunda Instancia del 27 de mayo de 2010. Proceso con N° de Radicación 083-03236-07. Disciplinado: GERENTE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO “HERNANDO MONCALEANO PERDOMO”. Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública

Fallo de Segunda Instancia del 31 de mayo de 2011. Proceso con N° de Radicación154-142099-2006. Disciplinado: GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ. Despacho Procurador General de la Nación.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Concesión de la prestación de los servicios de salud. Referenciado: 1-2010-011060.Suscrito por Luz Karime Fernández Castillo, Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Los prestadores de servicios de salud: Naturaleza y funciones. Referenciado: 1-2011-013303. En Boletín Jurídico Número 21. Enero a octubre de 2011.

Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Alcance Circular 066 y 067 de 2010. Referenciado: 1-2011-025241. En Boletín Jurídico Número 21. Enero a octubre de 2011.

Concepto de la Oficina Asesora Jurídica. Tema: Circular 066 y 067 de 2010. Referenciado: 1-2011-047472. En Boletín Jurídico Número 21. Enero a octubre de 2011.

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

Circular Externa No. 6 de 27 de septiembre de 2013 expedida por la Directora General Dra. María Margarita Zuleta González